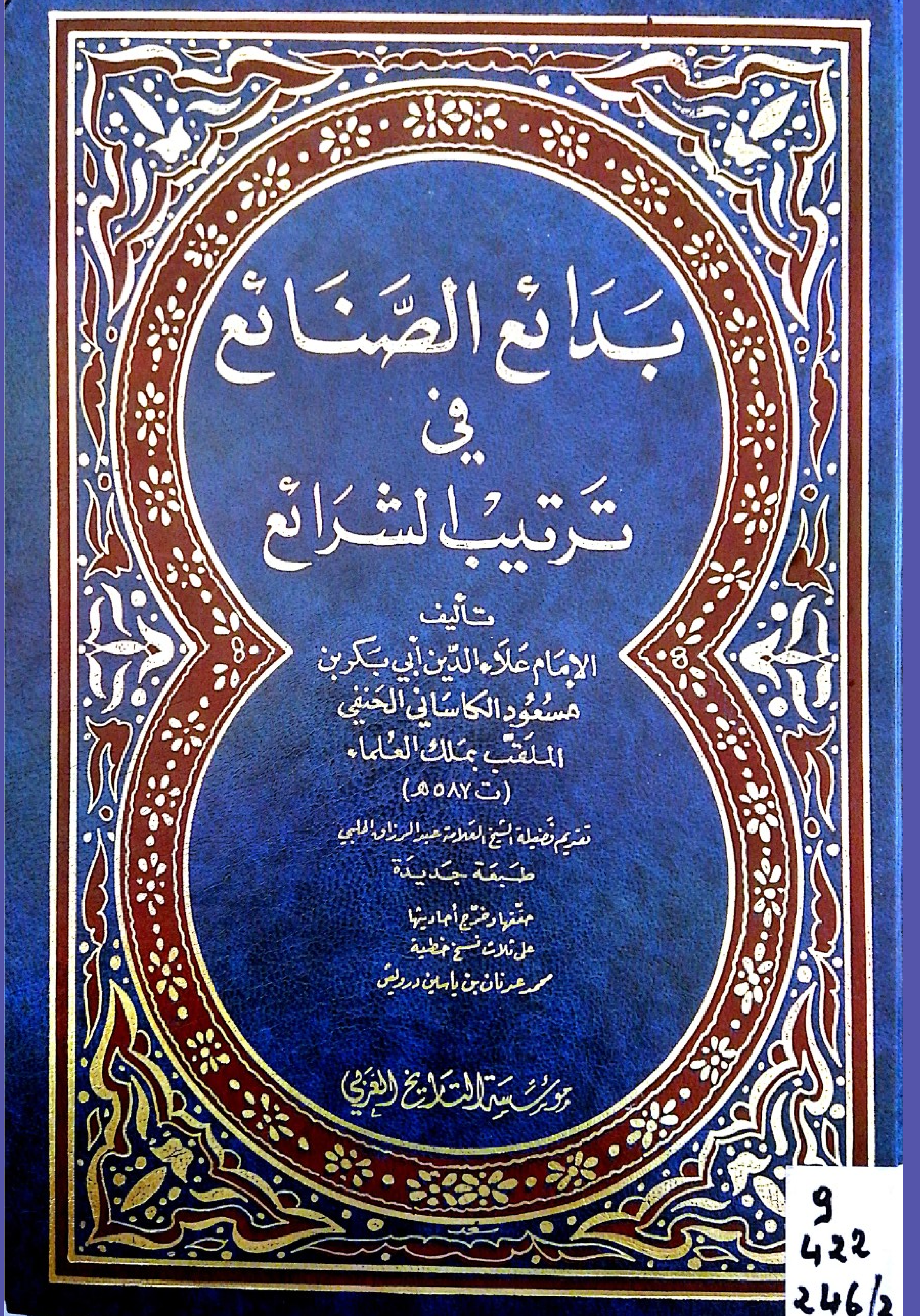
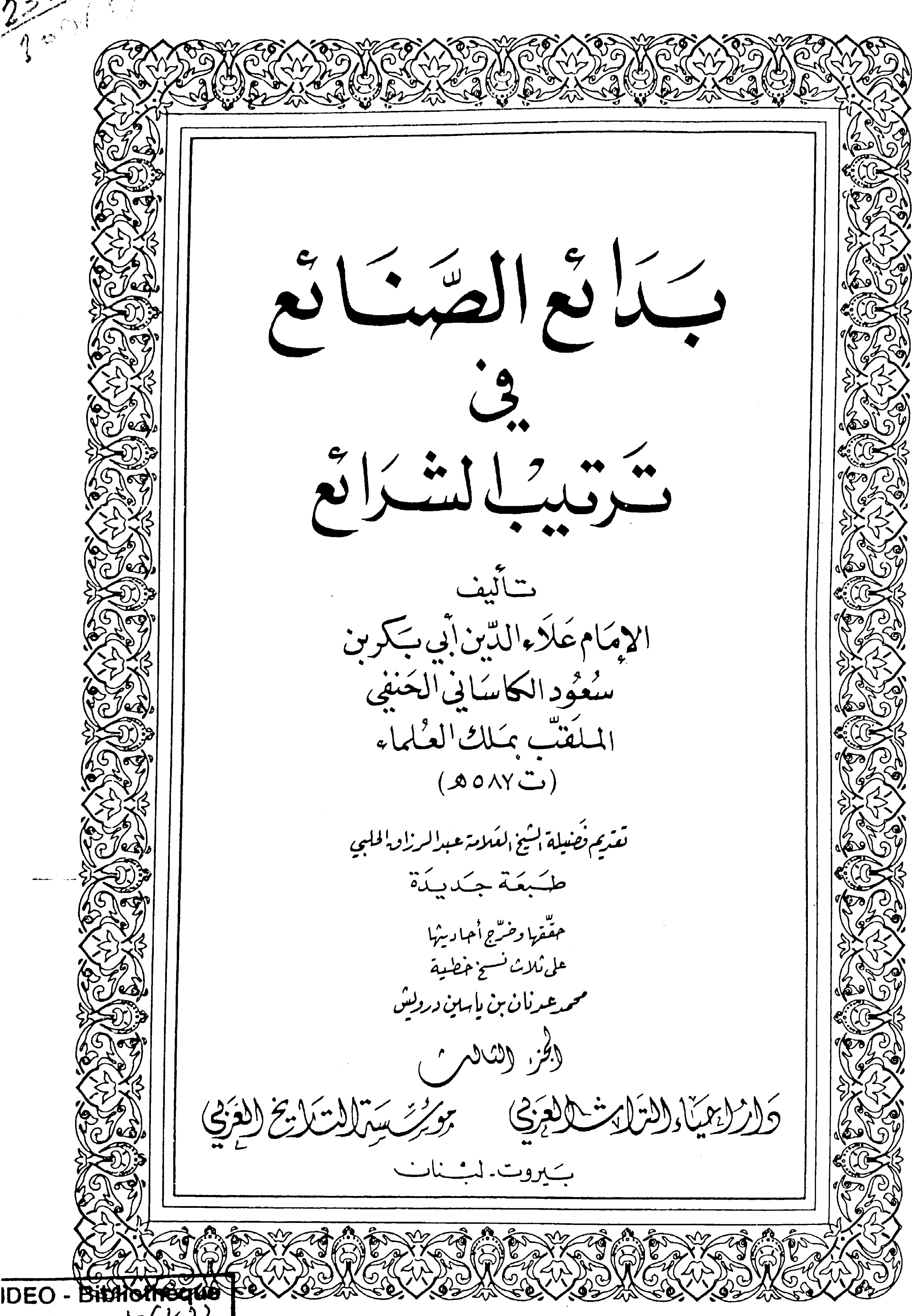


بدائع الصنائع
في
ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن
مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء
(ت ٥٨٧ هـ)
تقديم فضيلة الشيخ العلامة عبد الرزاق الحلبي
طبعة جديدة
حققها وخرج أحاديثها
على ثلاث نسخ خطية
محمد عدنان بن ياسين درويش
مؤسسة التاريخ العربي



بدائع الصنائع
في
ترتيب الشرائع



بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي

الملقب بملك العلماء

(ت ٥٨٧ هـ)

تقديم فضيلة الشيخ العلامة عبد الرزاق الحلبي

طبعة جديدة

حققها وخرج أحاديثها

على ثلاث نسخ خطية

محمد عدنان بن ياسين درويش

الجزء الثالث

دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي

بيروت - لبنان

الطبعة الثالثة
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧
Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

كتاب الأيمان

الكلام في هذا الكتاب في أربعة مواضع: في بيان أنواع اليمين، وفي بيان ركن كل نوع، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكمه، وفي بيان أن اليمين بالله تعالى على نية الحالف أو المستحلف.

أما الأول: فاليمين في القسمة الأولى ينقسم إلى قسمين؛ يمين بالله سبحانه، وهو المسمى بالقسم في عرف اللغة والشرع، ويمين بغير الله تعالى. وهذا قول عامة العلماء.

وقال أصحاب الظاهر: هي قسم واحد، وهو اليمين بالله تعالى.

فأما الحلف بغير الله عز وجل فليس بيمين حقيقة، وإنما سمي بهذا مجازاً، حتى أن من حلف لا يحلف فحلف بالطلاق أو العتاق يحنث، وعند عامة العلماء لا يحنث.

وجه قولهم: أنّ اليمين إنما يقصد بها تعظيم المقسم به، ولهذا كانت عادة العرب القسم بما جل قدره وعظم خطره، وكثر نفعه عند الخلق، من السماء والأرض، والشمس والقمر، والليل والنهار ونحو ذلك، والمستحق للتعظيم بهذا النوع هو الله تعالى، لأن التعظيم بهذا النوع عبادة، ولا تجوز العبادة إلا لله تعالى.

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ حَلَفَ بطلاقٍ أو عتاقٍ واستثنى فلا حِنْثَ عليه**»[1]، سماه حلفاً، والحلف واليمين من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمىً واحد، والأصل في إطلاق الاسم هو الحقيقة، فدل أن الحلف بالطلاق والعتاق يمين حقيقة. وكذا مأخذ الاسم دليل عليه لأنها أخذت من القوة، قال الله تعالى: ﴿**لأخذنا مِنْهُ باليمينِ**﴾[2] أي بالقوة، ومنه سميت اليد اليمين يميناً لفضل قوتها على الشمال عادة. قال الشاعر:

رأيـــت عـــرابـــةَ الأوســـي يسمـــو ... إلـــى الخيـــرات منقطـــع القـــريـــنِ
إذَا مَـــا رايـــةٌ رفعـــت لمجـــدِ ... تَلَقَّـــاهَـــا عـــرابـــةُ بـــاليميـــنِ

(١) من حلف على يمين أخرجه أحمد (٦/٢ و ٤٨/٢ و ١٠/٢) والحميدي (٦٩٠) في «المسند»، وأبو داود (٣٢٦١) كتاب الأيمان باب الاستثناء في اليمين وابن ماجه (٢٣٠٥) كتاب الكفارات باب الاستثناء في اليمين والترمذي في «**جامعه**» كتاب النذور باب ما جاء في الاستثناء برقم (١٥٣١) والنسائي في «**المجتبى**» كتاب الأيمان باب الاستثناء (٧/ ٢٥)، اهـ.

(٢) سورة الحاقة، الآية: (٤٥).

أي بالقوة، ومعنى القوة توجد في النوعين جميعاً، وهو أن الحالف يتقوى بها على الامتناع من المرهوب وعلى التحصيل في المرغوب، وذلك أن الإنسان إذا دعاه طبعه إلى فعل لما يتعلق به من اللذة الحاضرة فعقله يزجره عنه لما يتعلق به من العاقبة الوخيمة، وربما لا يقاوم طبعه فيحتاج إلى أن يتقوى على الجري على موجب العقل، فيحلف بالله تعالى لما عرف من قبح هتك حرمة اسم الله تعالى، وكذا إذا دعاه عقله إلى فعل تحسن عاقبته وطبعه يستثقل ذلك فيمنعه عنه، فيحتاج إلى اليمين بالله تعالى ليتقوى بها على التحصيل.

وهذا المعنى يوجد في الحلف بالطلاق والعتاق، لأن الحالف يتقوى به على الامتناع من تحصيل الشرط خوفاً من الطلاق والعتاق الذي هو مستثقل على طبعه. فثبت أن معنى اليمين يوجد في النوعين فلا معنى للفصل بين نوع ونوع، والدليل عليه أن محمداً سمى الحلف بالطلاق والعتاق في أبواب الأيمان من الأصل والجامع يميناً، وقوله حجة في اللغة.

ثم اليمين بالله تعالى منقسم ثلاثة أقسام في عرف الشرع: يمين الغموس، ويمين اللغو، ويمين معقودة.

وذكر محمد في أول كتاب الأيمان من «**الأصل**»، وقال الأيمان ثلاثة: يمين مكفرة، ويمين لا تكفر، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها؛ وفسر الثالثة بيمين اللغو، وإنما أراد محمد بقوله الأيمان ثلاث: الأيمان بالله تعالى لا جنس الأيمان، لأن ذلك كثير.

فإن قيل: كيف أخبر محمد عن انتفاء المؤاخذة بلغو اليمين بلفظة الترجي وانتفاء المؤاخذة بهذا النوع من اليمين مقطوع به بنص الكتاب، وهو قوله عز وجل: ﴿**لا يُؤَاخِذُكم اللَّهُ باللغو في أَيْمَانِكُمْ**﴾[1]، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنّ يمين اللغو هي اليمين الكاذبة، لكن لا عن قصد بل خطأ أو غلطاً على ما نذكر تفسيرها إن شاء الله تعالى، والتحرز عن فعله ممكن في الجملة وحفظ النفس عنه مقدور، فكان جائز المؤاخذة عليه لكن الله تعالى رفع المؤاخذة عليه رحمة وفضلاً، ولهذا يجب الاستغفار والتوبة عن فعل الخطأ والنسيان كذلك، فذكر محمد لفظ الرجاء ليعلم أن الله تفضل برفع المؤاخذة في هذا النوع بعدما كان جائز المؤاخذة عليه.

والثاني: أن المؤاخذة وإن كانت منتفية عن هذا النوع قطعاً لكن العلم بمراد الله تعالى من اللغو المذكور غير مقطوع به، بل هو محل الاجتهاد على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

والعلم الحاصل عن اجتهاد علم غالب الرأي، وأكثر الظن لا علم القطع، فاستعمل محمد لفظة الرجاء لاحتمال أن لا يكون مراد الله تعالى من اللغو المذكور ما أفضىٰ إليه اجتهاد محمد، فكان استعمال لفظ الرجاء في موضعه، وذكر الكرخي وقال اليمين على ضربين: ماضٍ ومستقبل، وهذه القسمة غير صحيحة، لأن من شرط صحتها أن تكون محيطة بجميع أجزاء المقسوم به ولم يوجد لخروج الحال عنها وإنها داخلة في

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥).

يمين الغموس ويمين اللغو على ما نذكر تفسيرهما فكانت القسمة ناقصة، والنقصان في القسمة من عيوب القسمة كالزيادة فكانت القسمة الصحيحة ما ذكرنا لوقوعها حاصرة جميع أجزاء المقسوم بحيث لا يشذ عنها جزء وكذا ما ذكر محمد صحيح إلا أنه بيّن كل نوع بنفسه وحكمه دفعة واحدة ونحن أخرنا بيان الحكم عن بيان النوع سوقاً للكلام على الترتيب الذي ضمناه.

أما يمين الغموس فهي الكاذبة قصداً في الماضي والحال على النفي أو على الإثبات وهي الخبر عن الماضي أو الحال فعلاً، أو تركاً متعمداً للكذب في ذلك مقروناً بذكر اسم الله تعالى، نحو أن يقول والله ما فعلت كذا وهو يعلم أنه فعله أو يقول والله لقد فعلت كذا وهو يعلم أنه لم يفعله، أو يقول والله ما لهذا عليّ دين وهو يعلم أن له عليه ديناً، فهذا تفسير يمين الغموس.

وأما يمين اللغو فقد اختلف في تفسيرها، قال أصحابنا: هي اليمين الكاذبة خطأ أو غلطاً في الماضي أو في الحال، وهي أن يخبر عن الماضي أو عن الحال على الظن أن المخبر به كما أخبر، وهو بخلافه في النفي أو في الإثبات، نحو قوله: والله ما كلمت زيداً وفي ظنه أنه لم يكلمه، أو والله لقد كلمت زيداً وفي ظنه أنه كلمه وهو بخلافه، أو قال والله إن هذا الجائي لزيد، إن هذا الطائر لغراب وفي ظنه أنه كذلك ثم تبين بخلافه.

وهكذا روى ابن رستم عن محمد أنه قال: اللغو أن يحلف الرجل على الشيء وهو يرى أنه حق وليس بحق.

وقال الشافعي[1]: يمين اللغو هي اليمين التي لا يقصدها الحالف وهو ما يجري على ألسن الناس في كلامهم من غير قصد اليمين، من قولهم: لا والله وبلى والله، سواء كان في الماضي أو الحال أو المستقبل، وأما عندنا فلا لغو في المستقبل، بل اليمين على أمر في المستقبل يمين معقودة وفيها الكفارة إذا حنث، قصد اليمين أو لم يقصد، وإنما اللغو في الماضي والحال فقط، وما ذكر محمد على أثر حكايته عن أبي حنيفة أن اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله، فذلك محمول عندنا على الماضي أو الحال، وعندنا ذلك لغو فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي في يمين لا يقصدها الحالف في المستقبل عندنا ليس بلغو وفيها الكفارة وعنده هي لغو ولا كفارة فيها[2].

وقال بعضهم: يمين اللغو هي اليمين على المعاصي، نحو أن يقول والله لا أصلي صلاة الظهر ولا أصوم صوم شهر رمضان أو لا أكلم أبوي، أو يقول والله لأشربن الخمر أو لأزنين أو لأقتلن فلاناً. ثم منهم من يوجب الكفارة إذا حنث في هذه اليمين ومنهم من لا يوجب.

وجه قول هؤلاء: أن اللغو هو الإثم في اللغة، قال الله تعالى: ﴿وإذَا سَمِعُوا اللغو أعرضوا عنه﴾[3] أي: كلاماً فيه إثم، فقالوا إن معنى قوله تعالى: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ باللغوِ في أَيْمَانِكُمْ﴾[4]، أي لا يؤاخذكم الله

(١) انظر «الأم» (٧/ ٦١) و «الروضة» (١١/ ٣) و «المنهاج» صفحة (١٤٤).
(٢) انظر «الأم» (٧/ ٦١) و «الروضة» (١١/ ٣) و «المنهاج» صفحة (١٤٤).
(٣) سورة القصص، الآية: (٥٥).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥).

بالإثم في أيمانكم على المعاصي بنقضها والحنث فيها، لأن الله تعالى جعل قوله في سورة البقرة: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أَيمَانِكُمْ﴾[١]، صلة قوله عز وجل: ﴿ولا تجعلوا اللَّهَ عرضةً لأيمانكم أَنْ تَبروا وتتقوا وتُصْلِحُوا بينَ النّاس﴾[٢].

وقيل في القصة: إن الرجل كان يحلف أن لا يصنع المعروف ولا يبر ولا يصل أقرباءه ولا يصلح بين الناس، فإذا أمر بذلك يتعلل ويقول:إني حلفت على ذلك، فأخبر الله تعالى بقوله سبحانه: ﴿لا يؤاخذُكُم اللَّهُ باللغوِ فِي أَيمَانِكُمْ﴾[٣]، الآية، لأنه لا مأثم عليهم بنقض ذلك اليمين وتحنيث النفس فيها، وإن المؤاخذ بالإثم فيها بحفظها والإصرار عليها بقوله: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[٤]، وبقوله تعالى: ﴿ولكن يؤاخِذُكُم بِما عَقَّدتُمُ الأيمان﴾ ثم منهم من أوجب الكفارة لقوله تعالى في هذه الآية: ﴿فكفارته﴾ إلى قوله: ﴿ذلك كفّارَةُ أيمانِكُمْ إذا حَلَفْتُمْ﴾[٥] أي حلفتم وحنثتم. ومنهم من لم يوجب فيها الكفارة أصلاً لما نذكر إن شاء الله تعالى في بيان حكم اليمين.

وجه قول الشافعي: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن يمين اللغو فقالت هي: «أن يقول الرجل في كلامه:لا والله وبلى والله». وعن عطاء رضي الله عنه أنه سئل عن يمين اللغو فقال: قالت عائشة رضي الله عنها:أن رسول الله ﷺ قال: «هو كلامُ الرجل في بيتِهِ: لا واللَّهِ وبَلى واللَّهِ»[٦]، فثبت موقوفاً ومرفوعاً أن تفسير يمين اللغو ما قلنا من غير فصل بين الماضي والمستقبل فكان لغواً على كل حال إذا لم يقصده الحالف، ولأن الله تعالى قابل يمين اللغو باليمين المكسوبة بالقلب بقوله عز وجل: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُم اللَّهُ باللغوِ في أَيمَانِكم ولكنْ يؤاخِذُكم بمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكم﴾[٧]، والمكسوبة هي المقصودة فكان غير المقصودة داخلاً في قسم اللغو تحقيقاً للمقابلة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لا يُؤاخِذُكُم اللَّهُ باللغوِ في أَيمَانِكُمْ وَلَكِنْ يؤاخِذُكُمْ بما عقدتم الأيمانِ»[٨] قابل يمين اللغو باليمين المعقودة وفرق بينهما في المؤاخذة ونفيها فيجب أن تكون يمين اللغو غير اليمين المعقودة تحقيقاً للمقابلة، واليمين في المستقبل يمين معقودة، سواء وجد القصد أو لا، ولأن اللغو في اللغة اسم للشيء الذي لا حقيقة له، قال الله تعالى ﴿لا يَسمعونَ فيها لَغْواً وَلاَ تأثيماً﴾[٩] أي باطلاً، وقال عز وجل خبراً عن الكفرة: ﴿وَالغوا فِيْهِ لَعَلَّكُمْ تَغْلِبُونَ﴾[١٠] وذلك فيما قلنا وهو الحلف بما لا حقيقة له بل على ظن من الحالف أن الأمر كما حلف عليه، والحقيقة بخلافه. وكذا ما يجري على اللسان من غير قصد لكن في

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٤).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥). (٥) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٦) سيأتي تخريجه.
(٧) سورة البقرة، الآية: (٢٢٤).
(٨) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٩) سورة الواقعة، الآية: (٢٢٥).
(١٠) سورة فصلت، الآية: (٢٦).

الماضي أو الحال فهو مما لا حقيقة له فكان لغواً، ولأن اللغو لما كان هو الذي لا حقيقة له كان هو الباطل الذي لا حكم له فلا يكون يميناً معقودة لأن لها حكماً، ألا ترى أن المؤاخذة فيها ثابتة وفيها الكفارة بالنص، فدل أن المراد من اللغو ما قلنا. وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير يمين اللغو هي أن يحلف الرجل على اليمين الكاذبة وهو يرى أنه صادق، وبه يتبيّن أن المراد من قول عائشة رضي الله عنها، وقول رسول الله ﷺ: «**إن يمينَ اللغوِ ما يجري فِي كلام النّاسِ لا واللّهِ وبلى والله**»[١] في الماضي لا في المستقبل، والدليل عليه أنها فسرتها بالماضي في بعض الروايات.

وروي عن مطر عن رجل قال دخلت أنا وعبد الله بن عمر على عائشة رضي الله عنها فسألتها عن يمين اللغو فقالت: «قول الرجل فعلنا والله كذا وصنعنا والله كذا»[٢] فتحمل تلك الرواية على هذا توفيقاً بين الروايتين، إذ المجمل محمول على المفسر. وأما قوله:إن الله سبحانه وتعالى قابل اللغو باليمين المكسوبة فنقول في تلك الآية قابلها بالمكسوبة وفي هذه الآية قابلها بالمعقودة، ومتى أمكن حمل الآيتين على التوافق كان أولى من الحمل على التعارض، فنجمع بين حكم الآيتين فنقول:يمين اللغو التي هي غير مكسوبة وغير معقودة، والمخالف عطل إحدى الآيتين فكنا أسعد حالاً منه.

وأما قوله تعالى: ﴿**ولا تَجْعَلُوا الله عُرْضَةً لأيمانكم أن تبرّوا**﴾[٣] الآية. فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن ذلك نهي عن الحلف على الماضي معناه ﴿**ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا**﴾ أي لا تحلفوا أن لا تبروا، ويجوز إضمار حرف لا في موضع القسم وغيره، قال الله تعالى: ﴿**وَلاَ يَأْتَلِ أُولُوا الفَضْلِ مِنْكُمْ، والسعةِ أَنْ يُؤْتُوا أولي القُرْبَى**﴾[٤] أي لا يؤتوا، ويحتمل أن تكون الآية عامة، أي لا تحلفوا لكي تبروا فتجعلوا الله عرضة بالحنث بعد ذلك بترك التعظيم بترك الوفاء باليمين، يقال فلان عرضة للناس، أي لا يعظمونه ويقعون فيه، فيكون هذا نهياً عن الحلف بالله تعالى إذا لم يكن الحالف على يقين من الإصرار على موجب اليمين وهو البر أو غالب الرأي والله عز وجل أعلم.

وأما اليمين المعقودة: فهي اليمين على أمر في المستقبل نفياً أو إثباتاً، نحو قوله:والله لا أفعل كذا وكذا، وقوله: والله لأفعلن كذا.

---

(١) أخرجه ابن حبان في «**صحيحه**» (١٠/ ٤٣٣٣) كتاب الأيمان باب ذكر الأخبار عن وصف اللغو الذي لا يؤاخذ الله العبد به في كلامه.
والبخاري في «**صحيحه**» كتاب الأيمان والنذور باب لا يؤاخذكم الله باللغو... رقم (٦٦٦٣) وأبو داود في «**السنن**» كتاب الأيمان والنذور باب لغو اليمين. رقم (٣٢٥٤).
والنسائي في «**الكبرى**» في التفسير كما في «**تحفة الأشراف**» (١٢/ ٢٢١).
ومالك في «**الموطأ**» كتاب النذور والأيمان باب اللغو في اليمين (٢/ ٤٧٧).

(٢) أخرجه حديث اللغو في اليمين وله ذكر في التعليق السابق عن عائشة مرفوعاً وموقوفاً ورواه غير واحد عن عطاء فقد أخرج الشافعي في «**المسند**» (٢/ ٧٣) عن عطاء قال: ذهبت أنا وعبيد الله بن عمير إلى عائشة... وكذلك البيهقي في «**السنن الكبرى**» (١٠/ ٤٩).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٤).

(٤) سورة النور، الآية: (٢٢).

فصـــل:

وأما ركن اليمين بالله تعالى فهو اللفظ الذي يستعمل في اليمين بالله تعالى وأنه مركب من المقسم عليه والمقسم به، ثم المقسم به قد يكون اسماً وقد يكون صفة والإسم قد يكون مذكوراً وقد يكون محذوفاً والمذكور قد يكون صريحاً وقد يكون كناية أما الاسم صريحاً فهو أن يذكر اسماً من أسماء الله تعالى أيَّ اسم كان سواء كان اسماً خاصاً لا يطلق إلا على الله تعالى نحو الله والرحمن أو كان يطلق على الله تعالى وعلى غيره كالعليم والحكيم والكريم والحليم ونحو ذلك، لأن هذه الأسماء وإن كانت تطلق على الخلق، ولكن تعيين الخالق مراداً بدلالة القسم إذ القسم بغير الله تعالى لا يجوز فكان الظاهر أنه أراد به اسم الله تعالى حملاً لكلامه على الصحة إلا أن ينوي به غير الله تعالى فلا يكون يميناً، لأنه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق في أمر بينه وبين ربه.

وحكي عن بشر المريسي فيمن قال والرحمن أنه إن قصد اسم الله تعالى فهو حالف وإن أراد به سورة الرحمن فليس بحالف فكأنه حلف بالقرآن وسواء كان القسم بحرف الباء أو الواو أو التاء بأن قال: بالله أو والله أو تالله، لأن القسم بكل ذلك من عادة العرب، وقد ورد به الشرع أيضاً، قال الله تعالى: ﴿والله رَبِّنَا ما كُنَّا مُشْرِكِيْنَ﴾[١] وقال: ﴿وتاللَّهِ لأكيدَنَّ أصنَامَكُمْ﴾[٢] وقال تعالى خبراً عن إخوة يوسف: ﴿قالُوا تَاللَّهِ تفتَؤُ تَذكُرُ يُوسُفَ﴾[٣] وقال عز وجل: ﴿تاللَّهِ لَقَدْ أَرسلنا إلى أمم من قبلك﴾[٤]، وقال عز وجل: ﴿وأَقْسَمُوا باللَّهِ﴾[٥] وقال عز وجل: ﴿ويحلِفُون بالله﴾[٦] تعالى.

وقد روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تَحْلِفُوا بآبائِكُمْ ولا بالطَواغِيتِ فَمَنْ كَانَ مِنكُمْ حَالِفاً فَليحلفْ باللَّهِ أَوْ ليدَع»[٧] إلا أن الباء هي الأصل وما سواها دخيل قائم مقامها فقول الحالف بالله، أي أحلف بالله، لأن الباء حرف إلصاق وهو إلصاق الفعل بالاسم وربط الفعل بالاسم والنحويون يسمون الباء حرف إلصاق وحرف الربط وحرف الآلة والتسبيب فإنك إذا قلت كتبت بالقلم فقد ألصقت الفعل بالاسم وربطت أحدهما بالآخر فكان القلم آلة الكتابة وسبباً يتوصل به إليها، فإذا قال بالله فقد ألصق الفعل المحذوف، وهو قوله أحلف بالاسم وهو قوله بالله وجعل اسم الله آلة للحلف وسبباً يتوصل به إليه إلا أنه لما كثر استعمال هذه اللفظ أسقط قوله: أحلف، واكتفى بقوله: بالله كما هو دأب العرب من حذف البعض وإبقاء البعض عند كثرة

---

(١) سورة الأنعام، الآية: (٢٣).
(٢) سورة الأنبياء، الآية: (٥٧).
(٣) سورة يوسف، الآية: (٨٥).
(٤) سورة النحل، الآية: (٦٣).
(٥) سورة الأنعام، الآية: (١٠٩).
(٦) سورة التوبة، الآية: (٦٢).
(٧) أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب الأيمان باب من حلف باللات.
وابن ماجه في «السنن» كتاب الكفارات باب النهي أن يحلف بغير الله رقم (٢٠٩٥).
وتتمته في البخاري في «صحيحه» كتاب الأيمان والنذور باب لا تحلفوا بآبائكم رقم (٦١٤٦) ومسلم في «صحيحه» كتاب الأيمان باب النهي عن الحلف. . رقم (١٦٤٦).

الاستعمال إذا كان فيما بقي دليلاً على المحذوف، كما في قولهم باسم الله ونحو ذلك، وإنما خفض الاسم، لأن الباء من حروف الخفض والواو قائم مقامه، فصار كأن الباء هو المذكور، وكذا التاء قائم مقام الواو فكان الواو هو المذكور إلا أن الباء تستعمل في جميع ما يقسم به من أسماء الله وصفاته.

وكذا الواو فأما التاء فإنه لا يستعمل إلا في اسم الله تعالى تقول: تالله ولا تقول: تالرحمن وتعزة الله تعالى لمعنى يذكر في النحو، ولو لم يذكر شيئاً من هذه الأدوات بأن قال: اللهِ لا أفعل كذا يكون يميناً، لما روي: «أن رسول الله ﷺ حلَّف ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة حين طلق امرأته البتة وقال: والله ما أردت بالبتّ إلا واحدة»[1]، وبه تبين أن الصحيح ما قاله الكوفيون وهو أن يكون بالكسر لأن النبي ﷺ ذكر الله بالكسر وهو أفصح العرب ﷺ، وكذا روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة أنه سأله واحد وقال له: كيف أصبحت قال خير عافاك الله بكسر الراء.

ولو قال: لله هل يكون يميناً لم يذكر هذا في الأصل، وقالوا إنه يكون يميناً لأن الباء توضع موضع اللام، يقال آمن بالله وآمن له بمعنى قال الله تعالى في قصة فرعون: ﴿آمَنتُم لهُ﴾[2] وفي موضع آخر ﴿آمَنتُمْ بهِ﴾[3] والقصة واحدة.

ولو قال: وربي ورب العرش أو رب العالمين كان حالفاً لأن هذا من الأسماء الخاصة بالله تعالى لا يطلق على غيره.

وأما الصفة فصفات الله تعالى مع أنها كلها لذاته على ثلاثة أقسام:

منها: ما لا يستعمل في عرف الناس وعاداتهم إلا في الصفة نفسها فالحلف بها يكون يميناً.

ومنها: ما يستعمل في الصفة وفي غيرها استعمالاً على السواء فالحلف بها يكون يميناً أيضاً.

ومنها: ما يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن استعمالها في غير الصفة هو الغالب فالحلف بها لا يكون يميناً.

وعن مشايخنا من قال: ما تعارفه الناس يميناً يكون يميناً إلا ما ورد الشرع بالنهي عنه وما لم يتعارفوه يميناً لا يكون يميناً، وبيان هذه الجملة إذا قال وعزة الله وعظمة الله وجلاله وكبريائه يكون حالفاً؛ لأن هذه الصفات إذا ذكرت في العرف والعادة لا يراد بها إلا نفسها فكان مراد الحالف بها الحلف بالله تعالى، وكذا الناس يتعارفون الحلف بهذه الصفات ولم يرد الشرع بالنهي عن الحلف بها.

وكذا لو قال وقدرة الله تعالى وقوته وإرادته ومشيئته ورضاه ومحبته وكلامه يكون حالفاً، لأن هذه الصفات، وإن كانت تستعمل في غير الصفة كما تستعمل في الصفة لكن الصفة تعينت مرادة بدلالة القسم إذ

---

(١) أخرجه الترمذي في «السنن» كتاب الطلاق واللعان باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته... رقم (١١٧٧) وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في البتة برقم (٢٢٠٦) وابن ماجه في «السنن» كتاب الطلاق باب طلاق البتة برقم (٢٠٥١).

(٢) سورة طه، الآية: (٧١).

(٣) سورة الأعراف، الآية: (١٢٣).

لا يجوز القسم بغير اسم الله تعالى وصفاته فالظاهر إرادة الصفة بقرينة القسم، وكذا الناس يقسمون بها في المتعارف فكان الحلف بها يميناً.

ولو قال: ورحمة الله أو غضبه أو سخطه لا يكون هذا يميناً لأنه يراد بهذه الصفات آثارها عادة لا نفسها فالرحمة يراد بها الجنة، قال الله تعالى: ﴿ففي رحْمَةِ اللَّه هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾[1] والغضب والسخط يراد به أثر الغضب والسخط عادة وهو العذاب والعقوبة لا نفس الصفة فلا يصير به حالفاً إلا إذا نوى به الصفة، وكذا العرب ما تعارفت القسم بهذه الصفات فلا يكون الحلف بها يميناً، وكذا وعلم الله لا يكون يميناً استحساناً، والقياس أن يكون يميناً، وهو قول الشافعي لأن علم الله تعالى صفة كالعزة والعظمة.

ولنا: أنه يراد به المعلوم عادة يقال: اللهم اغفر لنا علمك فينا، أي معلومك منا ومن زلاتنا، ويقال هذا علم أبي حنيفة أي معلومه، لأن علم أبي حنيفة قائم بأبي حنيفة لا يزايله، ومعلوم الله تعالى قد يكون غير الله تعالى من العالم بأعيانها وأعراضها والمعدومات كلها، لأن المعدوم معلوم فلا يكون الحلف به يميناً إلا إذا أراد به الصفة، وكذا العرب لم تتعارف القسم بعلم الله تعالى فلا يكون يميناً بدون النية.

وسئل محمد عمن قال: وسلطان الله، فقال: لا أرى من يحلف بهذا، أي لا يكون يميناً.

وذكر القدوري أنه إن أراد بالسلطان القدرة يكون حالفاً كما لو قال وقدرة الله وإن أراد المقدور لا يكون حالفاً لأنه حلف بغير الله.

ولو قال: وأمانة الله ذكر في الأصل أنه يكون يميناً، وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا يكون يميناً، وذكر الطحاوي عن أصحابنا جميعاً أنه ليس بيمين.

وجه ما ذكره الطحاوي أن أمانة الله فرائضه التي تَعَبَّدَ عباده بها من الصلاة والصوم وغير ذلك، قال الله تعالى: ﴿إنّا عَرضْنَا الأمانَةَ على السمواتِ والأرضِ والجبالِ فأبينَ أن يَحمِلْنَها وأشْفَقْنَ مِنهَا وحملها الإنسان﴾[2] فكان حلفاً بغير اسم الله عز وجل فلا يكون يميناً.

وجه ما ذكره في «الأصل» أن الأمانة المضافة إلى الله تعالى عند القسم يراد بها صفته، ألا ترى أن الأمين من أسماء الله تعالى وأنه اسم مشتق من الأمانة فكان المراد بها عند الإطلاق خصوصاً في موضع القسم صفة الله.

ولو قال: وعهد الله فهو يمين، لأن العهد يمين لما يذكر فصار كأنه قال: ويمين الله وذلك يمين فكذا هذا.

ولو قال: باسم الله لا أفعل كذا يكون يميناً، كذا روي عن محمد، لأن الاسم والمسمى واحد عند أهل السنة والجماعة فكان الحلف بالاسم حلفاً بالذات كأنه قال بالله.

ولو قال: ووجه الله فهو يمين كذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، لأن الوجه

---

(١) سورة آل عمران، الآية: (١٠٧).

(٢) سورة الأحزاب، الآية: (٧٢).

المضاف إلى الله تعالى يراد به الذات، قال تعالى: ﴿كل شَيْءٍ هَالكٌ إلاّ وَجْهَهُ﴾[١] أي ذاته، وقال عز وجل: ﴿ويَبْقَى وجهُ ربِّكَ ذو الجلالِ والإكْرَامِ﴾[٢] أي ذاته.

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة:أن الرجل إذا قال: ووجه الله لا أفعل كذا ثم فعل إنها ليست بيمين.

وقال ابن شجاع: أنها ليست من أيمان الناس إنما هي حلف السفلة.

وروى المعلى عن محمد إذا قال: لا إله إلا الله لا أفعل كذا، وكذا لا يكون يميناً إلا أن ينوي يميناً، وكذا قوله: سبحان الله والله أكبر لا أفعل كذا، لأن العادة ما جرت بالقسم بهذا اللفظ وإنما يذكر هذا قبل الخبر على طريق التعجب فلا يكون يميناً إلا إذا نوى اليمين فكأنه حذف حرف القسم فيكون حالفاً.

وعن محمد فيمن قال: وملكوت الله وجبروت الله أنه يمين لأنه من صفاته التي لا تستعمل إلا في الصفة فكان الحلف به يميناً كقوله: وعظمة الله وجلاله وكبريائه، ولو قال: وعمر الله لا أفعل كذا كان يميناً لأن هذا حلف ببقاء الله وهو لا يستعمل إلا في الصفة، وكذا الحلف به متعارف، قال الله عز وجل: ﴿لعمركَ إنّهم لَفي سكرتِهم يعمهونَ﴾[٣] وقال طرفة[٤]:

لعمـركَ إن المـوت مـا أخطـأ الفتـى ... لـكَ الطِّـوَلُ المُـرجـى وتبنـاهُ بـاليـد

ولـو قـال: وايـم الله لا أفعـل كـذا كـان يمينـاً، لأن هـذا مـن صـلات اليميـن عنـد البصـريين، قـالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ في زيدِ بن حارثةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين أمّرَهُ في حرب مؤتة، وقد بلغه الطعن: «وايْم الله لخليقٌ للإمارة»[٥] وعند الكوفيين هو جمع اليمين وتقديره: وأيمن الله إلا أن النون أسقطت عند كثرة الاستعمال للتخفيف، كما في قوله تعالى: ﴿حَنيفاً ولَمْ يَكُ مِنَ المُشْرِكِيْن﴾[٦]، والأيمن جمع يمين فكأنه قال: ويمين الله وأنه حلف بالله تعالى، لأن العرب تعارفته يميناً قال امرؤ القيس[٧]:

فقلـتُ يميـنَ الله أبـرحُ قـاعِـداً ... وإنْ قطعـت رأسـي لـديـك وأوصـالـي

حلفـتُ لهـا بـالله حلفـةَ فـاجـرٍ ... لنـامـوا فمـا أن مـن حـديـث ولا صـالـي

وقالت عنيزة:

فَقَـالـتْ يميـنُ اللَّـهِ مـا لـك حيلـةٌ ... ومـا أنْ أرى عَنْـكَ الغـوايـة تَنْجَلـي

---

(١) سورة القصص، الآية: (٨٨).

(٢) سورة الرحمن، الآية: (٢٧).

(٣) سورة الحجر، الآية: (٧٢).

(٤) البيت لطرفة بن العبد وهذا بيت من معلقته المشهورة.

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الأيمان والنذور باب قول النبي ﷺ: «وايم الله» برقم (٦٦٢٧).
وأحمد في «المسند» (٢/ ٢٠) ومسلم في «الصحيح» كتاب فضائل الصحابة باب فضائل زيد رقم (٢٤٢٦).

(٦) سورة النحل، الآية: (١٢٠).

(٧) هذه الأبيات لأمرء القيس وهي من معلقته المشهورة.

فقد استعمل امرؤ القيس يمين الله وسماه حلفاً بالله، ولو قال: وحق الله لا يكون حالفاً في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وروي عنه رواية أخرى أنه يكون يميناً، ووجهه أن قوله وحق الله، وإن كان إضافة الحق إلى الله تعالى لكن الشيء قد يضاف إلى نفسه في الجملة والحق من أسماء الله تعالى فكأنه قال والله الحق.

ولهما: أن الأصل أن يضاف الشيء إلى غيره لا إلى نفسه فكان حلفاً بغير الله تعالى فلا يكون يميناً، ولأن الحق المضاف إلى الله تعالى يراد به الطاعات والعبادات لله تعالى في عرف الشرع.

ألا ترى أنه سئل رسول الله ﷺ فقيل له ما حق الله على عباده فقال: «أَنْ يعبدوهُ ولا يُشرِكُوا بِهِ شَيئاً»[1] والحلف بعبادة الله وطاعته لا يكون يميناً.

ولو قال: والحق يكون يميناً لأن الحق من أسماء الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ﴾[2] وقيل: إن نوى به اليمين يكون يميناً وإلا فلا، لأن اسم الحق كما يطلق على الله تعالى يطلق على غيره فيقف على النية.

ولو قال حقاً لا رواية فيه، واختلف المشايخ، قال محمد بن سلمة لا يكون يميناً، لأن قوله حقاً بمنزلة قوله صدقاً، وقال أبو مطيع هو يمين، لأن الحق من أسماء الله تعالى فقوله: ﴿حقاً﴾ كقوله: ﴿والحق﴾.

ولو قال: أقسم بالله أو أحلف أو أشهد بالله أو أعزم بالله كان يميناً عندنا.

وعند الشافعي: لا يكون يميناً إلا إذا نوى اليمين لأنه يحتمل الحال، ويحتمل الاستقبال فلا بد من النية.

ولنا: أن صيغة افعل للحال حقيقة وللاستقبال بقرينة السين وسوف وهو الصحيح فكان هذا إخباراً عن حلفه بالله للحال، وهذا إذا ظهر المقسم به فإن لم يظهر بأن قال أقسم أو أحلف أو أشهد أو أعزم كان يميناً في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يكون يميناً.

وجه قوله: أنه إذا لم يذكر المحلوف به فيحتمل أنه أراد به الحلف بالله، ويحتمل أنه أراد به الحلف بغير الله تعالى فلا يجعل حلفاً مع الشك.

ولنا: أن القسم لما لم يجز إلا بالله عز وجل كان الإخبار عنه إخباراً عما لا يجوز بدونه كما في قوله تعالى: ﴿واسْأَلِ القريةَ التي كنّا فيهَا﴾[3] ونحو ذلك، ولأن العرب تعارفت الحلف على هذا الوجه، قال الله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهمْ﴾[4]، ولم يقل بالله، وقال سبحانه وتعالى: ﴿إِذا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قالوا

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الجهاد باب اسم الفرس والحمار برقم (٢٨٥٦) وفي كتاب اللباس باب إرداف الرجل خلف الرجل برقم (٥٩٦٧).
ومسلم في «صحيحه» كتاب الأيمان باب الدليل على أن من مات على التوحيد دخل الجنة قطعاً.

(٢) سورة النور، الآية: (٢٥).

(٣) سورة يوسف، الآية: (٨٢).

(٤) سورة التوبة، الآية: (٩٦).

﴿نَشْهَدُ إِنَّكَ لرسولُ اللَّهِ﴾[١]، فالله سبحانه وتعالى سماه يميناً بقوله تعالى: ﴿اتَّخذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾[٢] وقال تعالى: ﴿إذْ أقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِين﴾[٣] ولم يذكر بالله ثم سماه قسماً، والقسم لا يكون إلا بالله تعالى في عرف الشرع، واستدل محمد بقوله: ﴿ولا يستثنون﴾ فقال أفيكون الاستثناء إلا في اليمين وفيه نظر لأن الاستثناء لا يستدعي تقدم اليمين لا محالة وإنما يستدعي الإخبار عن أمر يفعله في المستقبل كما قال تعالى: ﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾[٤] وقوله اعزم معناه أوجب فكان إخباراً عن الإيجاب في الحال وهذا معنى اليمين.

وكذا لو قال: عزمت لا أفعل كذا كان حالفاً.

وكذا لو قال: آليت لا أفعل كذا، لأن الإلية هي اليمين.

وكذا لو قال: علي نذر أو نذر الله فهو يمين لقوله ﷺ: «**من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ومن نذر ولم يسم فعليه كفارة يمين**»[٥].

وقال ﷺ: «**النّذرُ يمينٌ وكفارتُه كفارةُ اليمين**»[٦]، وروي أن عبد الله بن الزبير قال: لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لأحجرن عليها فبلغ ذلك عائشة فقالت أو قال ذلك، قالوا نعم، فقالت: لله علي نذر إن كلمته أبداً فاعتق عن يمينها عبداً، وكذا قوله علي يمين أو يمين الله في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر: له علي يمين لا يكون يميناً.

وجه قوله على ما ذكرنا فيما تقدم: أن اليمين قد يكون بالله وقد يكون بغير الله تعالى فلا ينعقد يميناً بالشك.

ولنا: أن قوله علي يمين أي يمين الله إذ لا يجوز اليمين بغير الله تعالى، وقوله: يمين الله دون قوله علي يمين فكيف معه أو يقال معنى قوله علي يمين أو يمين الله أي علي موجب يمين الله إلا أنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه طلباً للتخفيف عند كثرة الاستعمال.

ولو قال: علي عهد الله أو ذمة الله أو ميثاقه فهو يمين، لأن اليمين بالله تعالى هي عهد الله على تحقيق أو نفيه، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وأَوفُوا بِعَهْدِ اللهِ إِذَا عاهدْتُمْ﴾[٧] ثم قال سبحانه وتعالى: ﴿ولا تَنْقُضُوا الأيمانَ بعدَ تَوكيدِها﴾[٨]، وجعل العهد يميناً والذمة هي العهد ومنه أهل الذمة أي أهل العهد والميثاق والعهد من الأسماء المترادفة.

---

(١) سورة المنافقون، الآية: (١).

(٢) سورة المنافقون، الآية: (٢).

(٣) سورة نّ، الآية: (١٧).

(٤) سورة الكهف، الآية: (٢٣).

(٥) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الأيمان باب من نذر نذراً لا يطيقه رقم (٣٣٢٢) وابن ماجه في «السنن» كتاب الكفارات باب من نذر نذراً لا يطيقه رقم الحديث (٢١٢٨).

(٦) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/٢٤٧) وأبو داود في «السنن» كتاب الأيمان باب من رأى عليه كفارة (٣٢٩٢) والترمذي في «السنن» كتاب النذور والأيمان باب ما جاء عن رسول الله ﷺ أن لا نذر في معصية رقم (١٥٢٥).

(٧) سورة النحل، الآية: (٩١).

(٨) سورة النحل، الآية: (٩١).

وقد روي أن رسول الله ﷺ كَانَ إِذَا بعثَ جيشاً قال في وصيته إياهم: «**وإنْ أرادوكم أَنْ تُعطوهم ذِمةَ اللَّهِ وذمَّة رسولِهِ فلا تعطُوهُمْ**»[١]، أي عهد الله وعهد رسوله، ولو قال: «إن فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء عن الإسلام أو كافر أو يعبد من دون الله أو يعبد الصليب أو نحو ذلك مما يكون اعتقاده كفراً فهو يمين استحساناً.

والقياس: أنه لا يكون يميناً وهو قول الشافعي[٢].

وجه القياس: أنه علق الفعل المحلوف عليه بما هو معصية فلا يكون حالفاً كما لو قال إن فعل كذا فهو شارب خمراً أو آكل ميتة.

وجه الاستحسان: أن الحلف بهذه الألفاظ متعارف بين الناس فإنهم يحلفون بها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، ولو لم يكن ذلك حلفاً لما تعارفوا، لأن الحلف بغير الله تعالى معصية فدل تعارفهم على أنهم جعلوا ذلك كناية عن الحلف بالله عزوجل وإن لم يعقل. وجه الكناية فيه كقول العرب: لله علي أن أضرب ثوبي حطيم الكعبة إن ذلك جعل كناية عن التصدق في عرفهم وإن لم يعقل وجه الكناية فيه كذا هذا.

هذا إذا أضاف اليمين إلى المستقبل فأما إذا أضاف إلى الماضي بأن قال: هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا لشيء قد فعله فهذا يمين الغموس بهذا اللفظ ولا كفارة فيه عندنا لكنه هل يكفر لم يذكر في «**الأصل**».

وعن محمد بن مقاتل الرازي أنه يكفر لأنه علق الكفر بشيء يعلم أنه موجود فصار كأنه قال هو كافر بالله، وكتب نصر بن يحيى إلى ابن شجاع يسأله عن ذلك فقال لا يكفر، وهكذا روى عن أبي يوسف أنه لا يكفر وهو الصحيح، لأنه ما قصد به الكفر ولا اعتقده وإنما قصد به ترويج كلامه وتصديقه فيه، ولو قال عصيت الله إن فعلت كذا أو عصيته في كل ما افترض علي فليس بيمين لأن الناس ما اعتادوا الحلف بهذه الألفاظ.

ولو قال هو يأكل الميتة أو يستحل الدم أو لحم الخنزير أو يترك الصلاة والزكاة إن فعل كذا فليس شيء من ذلك يميناً، لأنه ليس بإيجاب بل هو إخبار عن فعل المعصية في المستقبل بخلاف قوله هو يهودي أو نحوه، لأن ذلك إيجاب في الحال وكذلك لو دعى على نفسه بالموت أو عذاب النار بأن قال عليه عذاب الله إن فعل كذا، أو قال أماته الله إن فعل كذا، لأن هذا ليس بإيجاب بل دعاء على نفسه، ولا يحلف بالآباء

---

(١) بعض حديث أخرجه مسلم في «**صحيحه**» في الجهاد، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث برقم (١٧٣١).
وأحمد في «**المسند**» (٥/ ٣٥٢ و ٣٥٨).
والدارمي في «**سننه**» (٢/ ٢١٥).
وأبو داود في «**سننه**» في الجهاد، باب في دعاء المشركين برقم (٢٦١٢) و (٢٦١٣).
والترمذي في «**جامعه**» في الديات، باب ما جاء في النهي عن المتعة برقم (١٤٠٨) وفي السير: باب ما جاء في وصيته ﷺ في القتال برقم (١٦١٧) والنسائي في «**الكبرى**» كما في «**تحفة الأشراف**» (٢/ ٧١) وابن ماجه في «**سننه**» في الجهاد، باب وصية الإمام برقم (٢٨٥٨). وغيرهم عن بريدة رضي الله عنه.

(٢) انظر «**الأم**» (٧/ ٦٠).

والأمهات والأبناء، ولو حلف بشيء من ذلك لا يكون يميناً لأنه حلف بغير الله تعالى، والناس وإن تعارفوا الحلف بهم لكن الشرع نهى عنه.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا تَحْلفُوا بآبائِكم ولا بالطَّواغِيتِ. فمَن كان حالفاً فَلْيَحْلِف بالله أو ليذر**»[١]، وروي عنه أنه قال ﷺ: «**مَنْ حَلَفَ بغيرِ اللَّهِ فقَدْ أشْرَكَ**»[٢]، ولأن هذا النوع من الحلف لتعظيم المحلوف، وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه إلا الله تعالى. ولو قال ودين الله أو طاعته أو شرائعه أو أنبيائه وملائكته أو عرشه لم يكن يميناً لأنه حلف بغير الله.

ومن الناس من قال الحلف بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم يمين. وهذا غير سديد للحديث، ولأنه حلف بغير الله فلا يكون قسماً كالحلف بالكعبة كذا لو قال وبيت الله أو حلف بالكعبة أو بالمشعر الحرام أو بالصفا أو بالمروة أو بالصلاة أو الصوم أو الحج، لأن كل ذلك حلف بغير الله عز وجل. وكذا الحلف بالحجر الأسود والقبر والمنبر لما قلنا، ولا يحلف بالسماء ولا بالأرض ولا بالشمس ولا بالقمر والنجوم ولا بكل شيء سوى الله تعالى وصفاته العلية لما قلنا، وقد قال أبو حنيفة لا يحلف إلا بالله متجرداً بالتوحيد والإخلاص ولو قال وعبادة وحمد الله فليس بيمين لأنه حلف بغير الله، ألا ترى أن العبادة والحمد فعلك. ولو قال بالقرآن أو بالمصحف أو بسورة كذا من القرآن فليس بيمين لأنه حلف بغير الله تعالى. وأما المصحف فلا شك فيه. وأما القرآن وسورة كذا فلأن المتعارف من اسم القرآن الحروف المنظومة والأصوات المقطعة بتقطيع خاص لا كلام الله الذي هو صفة أزلية قائمة بذاته تنافي السكوت والآفة. ولو قال بحدود الله لا يكون يميناً، كذا ذكر في الأصل.

واختلفوا في المراد بحدود الله، قال بعضهم يراد به الحدود المعروفة من حد الزنا والسرقة والشرب والقذف. وقال بعضهم يراد بها الفرائض مثل الصوم والصلاة وغيرهما، وكل ذلك حلف بغير الله تعالى فلا يكون يميناً. وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا تحلفوا بآبائِكُمْ ولا بالطَّواغِيتِ ولا بحدٍ من حدودِ اللَّهِ، ولا تَحْلِفُوا إلا باللَّهِ، ومَنْ حَلَفَ لَهُ باللَّهِ فليرضَ ومَنْ لم يرضَ فليس مِنّا**»[٣]. ولو قال عليه غضب الله أو سخطه أو لعنته إن فعل كذا لم يكن يميناً، لأنه دعاء على نفسه بالعذاب والعقوبة والطرد عن الرحمة فلا يكون حالفاً، كما لو قال عليه عذاب الله وعقابه وبعده عن رحمته.

ومن مشايخنا بالعراق من قال في تخريجه القسم بالصفات إن الصفات على ضربين، صفة للذات وصفة للفعل، وفصل بينهما بالنفي والإثبات، وهو أن ما يثبت ولا ينفي فهو صفة للذات، كالعلم والقدرة ونحوهما، وما يثبت وينفي فهو صفة الفعل كالتكوين والإحياء والرزق ونحو ذلك، وجعل الرحمة والغضب من صفات الفعل، فجعل صفة الذات قديمة وصفة الفعل حادثة، فقال: الحلف بصفة الذات يكون حلفاً بالله

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٢/٨٦، ٨٧) وأبو داود في «**السنن**» كتاب الأيمان والنذور باب في كراهية الحلف بغير الله برقم (٣٢٥١).

والترمذي في «**السنن**» كتاب النذور. باب ما جاء في كراهية الحلف بغير الله. رقم (١٥٣٥).

(٣) تقدم تخريجه.

فيكون يميناً، والحلف بصفة الفعل يكون حلفاً بغير الله تعالى فلا يكون يميناً، والقول بحدوث صفات الفعل مذهب المعتزلة والأشعرية إلا أنهم اختلفوا في الحد الفاصل بين الصفتين، ففصلت المعتزلة بما ذكره هذا القائل من النفي والإثبات، والأشعرية فصلت بلزوم النقيصة وعدم اللزوم، وهو إنه ما يلزم بنفيه نقيصة فهو من صفات الذات، وما لا يلزم بنفيه نقيصة فهو من صفات الفعل مع إتفاق الفريقين على حدوث صفات الفعل، وإنما اختلفت عباراتهم في التحديد لأجل الكلام، فكلام الله تعالى محدث عند المعتزلة لأنه ينفي ويثبت فكان من صفات الفعل فكان حادثاً، وعند الأشعرية أزلي لأنه يلزم بنفيه نقيصة فكان من صفات الذات فكان قديماً، ومذهبنا وهو مذهب أهل السنة والجماعة أن صفات الله أزلية، والله تعالى موصوف بها في الأزل، سواء كانت راجعة إلى الذات أو إلى الفعل، فهذا التخريج وقع معدولاً به عن مذهب أهل السنة والجماعة، وإنما الطريقة الصحيحة والحجة المستقيمة في تخريج هذا النوع من المسائل ما سلكنا. والله تعالى الموفق للسداد والهادي إلى سبيل الرشاد.

وهذا الذي ذكرنا إذا ذكر اسم الله تعالى في القسم مرة واحدة، فأما إذا كرر فجملة الكلام فيه أن الأمر لا يخلو إما أن ذكر المقسم به وهو اسم الله تعالى ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر اسم الله تعالى ثانياً، ثم ذكر المقسم عليه وإما أن ذكرهما جميعاً ثم أعادهما جميعاً وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بحرف العطف أو يكون بدونه فإن ذكر اسم الله تعالى ولم يذكر المقسم عليه حتى كرر اسم الله تعالى ثم ذكر المقسم عليه، فإن لم يدخل بين الاسمين حرف العطف كان يميناً واحدة بلا خلاف سواء كان الاسم مختلفاً أو متفقاً فالمختلف نحو أن يقول والله الرحمن ما فعلت كذا وكذا، لأنه لم يذكر حرف العطف، والثاني يصلح صفة للأول علم أنه أراد به الصفة فيكون حالفاً بذات موصوف لا باسم الذات على حدة وباسم الصفة على حدة والمتفق نحو أن يقول:الله والله ما فعلت كذا، لأن الثاني لا يصلح نعتاً للأول ويصلح تكريراً وتأكيداً له فيكون يميناً واحدة إلا أن ينوي به يمينين ويصير قوله: «الله» ابتداء يمين بحذف حرف القسم، وإنه قسم صحيح على ما بينا فيما تقدم، وإن أدخل بين القسمين حرف عطف بأن قال: والله والرحمن لا أفعل كذا، ذكر محمد في «الجامع» أنهما يمينان، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه يكون يميناً واحدة، وبه أخذ زفر، وقد روي هذا أيضاً عن أبي يوسف في غير رواية الأصول.

وجه رواية المذكور في «الجامع» أنه لما عطف أحد الإسمين على الآخر فكان الثاني غير الأول، لأن المعطوف غير المعطوف عليه فكان كل واحد منهما يميناً على حدة بخلاف ما إذا لم يعطف، لأنه إذا لم يعطف أحدهما على الآخر يجعل الثاني صفة للأول لأنه يصلح صفة، لأن الاسم يختلف، ولهذا يستحلف القاضي بالأسماء والصفات من غير حرف العطف فيقول والله الرحمن الرحيم الطالب المدرك، ولا يجوز أن يستحلف مع حرف العطف، لأنه ليس على المدعى عليه إلا يمين واحدة.

وجه رواية الحسن: أن حرف العطف قد يستعمل للاستئناف وقد يستعمل للصفة فإنه يقال فلان العالم والزاهد والجواد والشجاع فاحتمل المغايرة، واحتمل الصفة فلا تثبت يمين أخرى مع الشك.

والحاصل: أن أهل اللغة اختلفوا في هذه المسألة في أن هذا يكون يميناً واحدة أو يكون يمينين ولقب المسألة أن ادخال القسم على القسم قبل تمام الكلام هل يجوز.

قال بعضهم: لا يجوز، وهو قول أبـي علي الفسوي[١] والخليل حتى حكى سيبويه عن الخليل أن قوله عز وجل: ﴿والليلِ إِذَا يَغْشَى * وَالنَّهَارِ إِذَا تَجلى﴾[٢] يمين واحدة.

وقال بعضهم: يجوز، وهو قول الزجاج والفراء، حتى قال الزجاج[٣]: إن قوله عز وجل ﴿صٓ﴾ قسم، وقوله عز وجل: ﴿والقرآنِ ذِي الذِّكْرِ﴾[٤] قسم آخر والحجج وتعريف ترجيح أحد القولين على الآخر تعرف في كتب النحو، وقد قيل في ترجيح القول الأول على الثاني إنا إذا جعلناهما يميناً واحدة لا نحتاج إلى إدراج جواب آخر، بل يصير قوله لا أفعل مقسماً عليه بالاسمين جميعاً، ولو جعلنا كل واحد منهما قسماً على حدة لاحتجنا إلى إدراج ذكر المقسم عليه لأحد الاسمين فيصير كأنه قال:والله والله لا أفعل كذا، فعلى قياس ما ذكر محمد في الجامع يكون يمينين.

وروى محمد في «النوادر»: أنه يمين واحدة كأنه استحسن وحمله على التكرار لتعارف الناس، وهكذا ذكر في المنتقى عن محمد أنه إذا قال: والله والله والله لا أفعل كذا القياس أن يكون ثلاثة أيمان بمنزلة قوله والله والرحمن والرحيم وفيه قبح، وينبغي في الاستحسان أن يكون يميناً واحدة هكذا ذكر.

ولو قال: والله والله لا أفعل كذا، ذكر محمد أن القياس، أن يكون عليه كفارتان ولكني أستحسن فأجعل عليه كفارة واحدة، وهذا كله في الاسم المتفق ترك محمد القياس وأخذ بالاستحسان لمكان العرف لما زعم أن معاني كلام الناس عليه، هذا إذا ذكر المقسم به ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر اسم الله ثانياً، فأما إذا ذكرهما جميعاً ثم أعادهما، فإن كان بحرف العطف بأن قال والله لا أفعل كذا، والرحمن لا أفعل كذا، أو قال: والله لا أفعل كذا، والله لا أفعل كذا فلا شك أنهما يمينان، سواء كان ذلك في مجلسين أو في مجلس واحد، حتى لو فعل كان عليه كفارتان، وكذا لو أعادهما بدون حرف العَطف بأن قال والله لا أفعل كذا، وقال والله لا أفعل كذا لأنه لما أعاد المقسم عليه مع الاسم الثاني علم أنه أراد به يميناً أخرى إذ لو أراد الصفة أو التأكيد لما أعاد المقسم عليه. ولو قال والله لا أفعل كذا، أو قال والله لا أفعل كذا وقال أردت بالثاني الخبر عن الأول. ذكر الكرخي: أنه يصدق، لأن الحكم المتعلق باليمين بالله تعالى هو وجوب الكفارة وإنه أمر بينه وبين الله تعالى ولفظه محتمل في الجملة وإن كان خلاف الظاهر فكان مصدقاً فيما بينه وبين الله عز وجل.

---

(١) أبو علي الفسوي: زيد بن علي بن عبد الله، الفارسي الفسوي: عالم بالأدب، أقام زمناً في حلب ودمشق، مات في طرابلس الشام توفي سنة (٤٦٧).

(٢) سورة الليل، الآية: (١ ـ ٢).

(٣) الزجاج: إبراهيم بن السَّرِيّ بن سهل، أبو إسحاق الزجاج: عالم بالنحو واللغة ولد سنة (٢٤١ هـ) ببغداد كان في فتوته يخرط الزجاج ومال إلى النحو فعلمه المبرد. وطلب عبد الله بن سليمان «وزير المعتضد» مؤدباً لابنه القاسم، فدله المبرد على الزجاج، فطلبه الوزير فأدب له ابنه إلى أن ولي الوزارة مكان أبيه، فجعله القاسم من كتابه، وكانت للزجاج مناقشات مع ثعلب وغيره. توفي في بغداد سنة (٣١١هـ) انظر «معجم الأدباء» لياقوت (٤٧/١).

(٤) سورة صٓ، الآية: (٢).

وروي عن أبـي حنيفة: أنه لا يصدق، فإنّ المعلى روى عن أبـي يوسف أنه قال في رجل حلف في مقعد واحد بأربعة أيمان أو أكثر أو بأقل، فقال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال: لكل يمين كفارة، ومقعد واحد ومقاعد مختلفة واحد، فإن قال عنىٰ بالثانية الأولى لم يصدق في اليمين بالله تعالى ويصدق في اليمين بالحج والعمرة والفدية، وكل يمين قال فيها عليّ كذا، والفرق أنّ الواجب في اليمين القرب في لفظ الحالف لأن لفظه يدل على الوجوب، وهو قوله عليّ كذا، وصيغة هذا صيغة الخبر، فإذا أراد بالثانية الخبر عن الأول صح بخلاف اليمين بالله تعالى، فإن الواجب في اليمين بالله تعالى ليس في لفظ الحالف، لأن لفظه لا يدل على الوجوب، وإنما يجب بحرمة اسم الله، وكل يمين منفردة بالاسم فينفرد بحكمها فلا يصدق أنه أراد بالثانية الأولى.

وروي عن محمد أنه قال: في رجل قال هو يهودي إن فعل كذا، وهو نصراني إن فعل كذا، وهو مجوسي إن فعل كذا، وهو مشرك إن فعل كذا لشيء واحد قال: عليه لكل شيء من ذلك يمين.

ولو قال: هو يهودي هو نصراني هو مجوسي هو مشرك فهو يمين واحدة، وهذا على الأصل الذي ذكرنا أنه إذا ذكر المقسم به مع المقسم عليه ثم أعاده فالثاني غير الأول في قولهم جميعاً، وإذا ذكر المقسم به وكرره من غير حرف العطف فهو يمين واحدة في قولهم جميعاً.

فصل: وأما شرائط ركن اليمين بالله تعالى فأنواع بعضها يرجع إلى الحالف وبعضها يرجع إلى المحلوف عليه وبعضها يرجع إلى نفس الركن. أما الذي يرجع إلى الحالف فأنواع، منها أن يكون عاقلاً بالغاً فلا يصح يمين المجنون والصبيّ وإن كان عاقلاً لأنها تصرف إيجاب وهما ليسا من أهل الإيجاب، ولهذا لم يصح نذرهما. ومنها: أن يكون مسلماً فلا يصح يمين الكافر، وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط، حتى لو حلف الكافر على يمين ثم أسلم فحنث فلا كفارة عليه عندنا وعنده تجب الكفارة إلا أنه إذا حنث في حال الكفر لا تجب عليه الكفارة بالصوم بل بالمال.

وجه قوله: إن الكافر من أهل اليمين بالله تعالى بدليل أنه يستحلف في الدعاوي والخصومات، وكذا يصح إيلاؤه، ولو لم يكن أهلاً لما انعقد، كإيلاء الصبـي والمجنون، وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعتاق فكان من أهل اليمين بالله تعالى كالمسلم بخلاف الصبـي والمجنون.

ولنا: أن الكفارة عبادة والكافر ليس من أهلها، والدليل على أن الكفارة عبادة أنها لا تتأدى بدون النية، وكذا لا تسقط بأداء الغير عنه، وهما حكمان مختصان بالعبادات، إذ غير العبادة لا تشترط فيه النية ولا يختص سقوطه بأداء من عليه كالديون ورد المغصوب ونحوها، والدليل عليه أن للصوم فيها مدخلاً على وجه البدل وبدل العبادة يكون عبادة والكافر ليس من أهل العبادات فلا تجب بيمينه الكفارة فلا تنعقد يمينه كيمين الصبـي والمجنون وإنما يستحلف في الدعاوي لأن المقصود من الاستحلاف التحرج عن الكذب كالمسلم فاستويا فيه، وإنما يفارق المسلم فيما هو عبادة، وهكذا نقول في الإيلاء أنه لا يصح في حق وجوب الكفارة لأن الإيلاء يتضمن حكمين، وجوب الكفارة على تقدير القربان ووقوع الطلاق بعد انقضاء المدة إذا لم يقربها في المدة، والكفارة حق الله تعالى فلا يؤاخذ به الكافر والطلاق حق العبد فيؤاخذ به، وأما الحرية فليست

بشرط فتصح يمين المملوك إلا أنه لا يجب عليه للحال الكفارة بالمال، لأنه لا ملك له، وإنما يجب عليه التكفير بالصوم وللمولى أن يمنعه من الصوم. وكذا كل صوم وجب بمباشرة سبب الوجوب من العبد كالصوم المنذور به، لأن المولى يتضرر بصومه والعبد لا يملك الاضرار بالمولى، ولو أعتق قبل أن يصوم يجب عليه التكفير بالمال لأنه استفاد أهلية الملك بالعتق، وكذا الطواعية ليست بشرط عندنا فيصح من المكره لأنها من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق والعتاق والنذر وكل تصرف لا يحتمل الفسخ.

وعند الشافعي[١]: شرط وهي من مسائل الإكراه. وكذا الجد والعمد فتصح من الخاطيء والهازل عندنا خلافاً للشافعي[٢].

وأما الذي يرجع إلى المحلوف عليه فهو أن يكون متصور الوجود حقيقة عند الحلف هو شرط انعقاد اليمين على أمر في المستقبل وبقاؤها أيضاً متصور الوجود حقيقة بعد اليمين شرط بقاء اليمين حتى لا ينعقد اليمين على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ولا يبقى إذا صار بحال يستحيل وجوده. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط لانعقاد اليمين ولا لبقائها وإنما الشرط أن تكون اليمين على أمر في المستقبل.

وأما كونه متصور الوجود عادة فهل هو شرط انعقاد اليمين؟ قال أصحابنا الثلاثة ليس بشرط فينعقد على ما يستحيل وجوده عادة بعد أن كان لا يستحيل وجوده حقيقة.

وقال زفر: هو شرط لا تنعقد اليمين بدونه، وبيان هذه الجملة إذا قال والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز فإذا لا ماء فيه لم تنعقد اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر لعدم شرط الانعقاد، وهو تصور شرب الماء الذي حلف عليه. وعند أبي يوسف تنعقد لوجود الشرط، وهو الإضافة إلى أمر في المستقبل، وإن كان يعلم أنه لا ماء فيه تنعقد عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر لا تنعقد، وهو رواية عن أبي حنيفة أنه لا تنعقد، علم أو لم يعلم، وعلى هذا الخلاف إذا وقت وقال: والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ولا ماء في الكوز أنه لا تنعقد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر. وعند أبي يوسف تنعقد.

وعلى هذا الخلاف إذا قال والله لأقتلن فلاناً، وفلان ميت وهو لا يعلم بموته أنه لا تنعقد عندهم خلافاً لأبي يوسف، وإن كان عالماً بموته تنعقد عندهم خلافاً لزفر.

ولو قال: والله لأمسن السماء أو لأصعدن السماء أو لأحوِّلن هذا الحجر ذهباً تنعقد عندأصحابنا الثلاثة وعند زفر لا تنعقد.

وأما الكلام مع أبي يوسف وجه قوله إن الحالف جعل شرط عدم حنثه القتل والشرب في المطلق وفي الموقت عدم الشرب في المدة وقد تأكد العدم فتأكد شرط الحنث فيحنث، كما في قوله والله لأمسن السماء أو لأحولن هذا الحجر ذهباً، ولهما أن اليمين تنعقد للبر، لأن البر هو موجب اليمين وهو المقصود الأصلي من اليمين أيضاً، لأن الحالف بالله تعالى يقصد بيمينه تحقيق البر والوفاء بما عهد وانجاز ما وعد. ثم الكفارة

---

(١) انظر «المهذب» (٢/ ١٢٩).
(٢) انظر «المهذب» (٢/ ١٢٩).

تجب لدفع الذنب الحاصل بتفويت البر وهو الحنث، فإذا لم يكن البر متصور الوجود حقيقة لا يتصور الحنث فلم يكن في انعقاد اليمين فائدة فلا تنعقد.

والدليل على أن البر غير متصور الوجود من هذه اليمين حقيقة أنه إذا كان عنده أن في الكوز ماء وأن الشخص حي فيمينه تقع على الماء الذي كان فيه وقت اليمين وعلى إزالة حياة قائمة وقت اليمين، والله تعالى وإن كان قادراً على خلق الماء في الكوز ولكن هذا المخلوق لا يكون ذلك الماء الذي وقعت يمينه عليه.وفي مسألة القتل زالت تلك الحياة على وجه لا يتصور عودها، بخلاف ما إذا كان عالماً بذلك لأنه إذا كان عالماً به فإنما انعقد يمينه على ماء آخر يخلقه الله تعالى وعلى حياة أخرى يحدثها الله تعالى، إلا أن ذلك على نقض العادة فكان العجز عن تحقيق البر ثابتاً عادة فيحنث بخلاف قوله والله لأمسن السماء ونحوه، لأن هناك البر متصور الوجود في نفسه حقيقة بأن يقدره الله تعالى على ذلك كما أقدر الملائكة وغيرهم من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام إلا أنه عاجز عن ذلك عادة فلتصور وجوده حقيقة انعقدت وللعجز عن تحقيقه عادة حنث ووجبت الكفارة.

وأما الكلام مع زفر في اليمين على مس السماء ونحوه فهو يقول المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة، وفي المستحيل حقيقة لا تنعقد. كذا في المستحيل عادة. ولنا أن اعتبار الحقيقة والعادة واجب ما أمكن وفيما قلناه اعتبار الحقيقة والعادة جميعاً، وفيما قاله اعتبار العادة وإهدار الحقيقة فكان ما قلناه أولى.

ولو قال: والله لأمسنّ السماء اليوم يحنث في آخر اليوم عند أبـي حنيفة ومحمد وفي قياس قول أبـي يوسف أنه يحنث في الحال، وقد رُوي عن أبـي يوسف ما يدل عليه. فإنه قال في رجل حلف ليشربن ماءَ دجلةَ كله اليوم، قال أبو حنيفة لا يحنث حتى يمضي اليوم. وقال أبو يوسف يحنث الساعة، فإن قال في يمينه غداً لم يحنث حتى يمضيَ اليوم في قول أبـي حنيفة، لأن الانعقاد يتعلق بآخر اليوم عنده.

فأما أبو يوسف فقال: يحنث في أول جزء من أجزاء الغد، لأن شرطَ البر غير منتظر فكأنه قال لها:أنت طالق في غد والله عز وجل أعلم.

هذا إذا لم يكن المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة أو عادة وقت اليمين حتى انعقدت اليمين بلا خلاف ثم فات، فالحلف لا يخلو إما أن يكون مطلقاً عن الوقت وإما أن يكون موقتاً بوقت، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون في الإثبات أو في النفي، فإن كان مطلقاً في الإثبات بأن قال والله لآكلن هذا الرغيف أو لأشربنَ الماءَ الذي في هذا الكوز، أو لأدخلن هذه الدار، أو لآتين البصرة فما دامَ الحالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث، لأن الحنث في اليمين المطلقة يتعلق بفوات البر في جميع البر. فما داما قائمين لا يقع اليأس عن تحقيق البر فلا يحنث، فإذا هلك أحدهما يحنث لوقوع العجز عن تحقيقه، غير أنه إذا هلك المحلوف عليه يحنث وقت هلاكه، وإذا هلك الحالف يحنث في آخر جزء من أجزاء حياته، لأن الحنث في الحالين بفوات البر، ووقت فوات البر في هلاك المحلوف عليه وقت هلاكه وفي هلاك الحالف آخر جزء من أجزاء حياته.

وإن كان في النفي بأن قال والله لا آكل هذا الرغيف أو لا أشربَ الماء الذي في هذا الكوز فلم يأكل

ولم يشرب الماء حتى هلك أحدهما فقد بر في يمينه لوجود شرط البر وهو عدم الأكل والشرب، وإن كان موقتاً بوقت فالوقت نوعان، موقت نصاً وموقت دلالة.

أما الموقت نصاً فإن كان في الإثبات بأن قالَ والله لآكلَنّ هذا الرغيف اليومَ أو لأشربن هذا الماء الذي في هذا الكوز اليوم أو لأدخلنَ هذه الدار ونحو ذلك فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين والوقت قائماً لا يحنث، لأن البرَ في الوقت مرجو فتبقى اليمين.

وإن كان الحالف والمحلوف عليه قائمين ومضى الوقت يحنث في قولهم جميعاً لأن اليمين كانت مؤقتة بوقت، فإذا لم يفعل المحلوف عليه حتى مضى الوقت وقع اليأس عن فعله في الوقت ففات البر عن الوقت فيحنث.

وإن هلك الحالف ـ في الوقت والمحلوف ـ عليه قائم فمضى الوقت لا يحنث بالإجماع، لأن الحنث في اليمين المؤقتة بوقت يقع في آخر أجزاء الوقت وهو ميت في ذلك الوقت والميت لا يوصف بالحنث.

وإن هلك المحلوف ـ عليه والحالف ـ قائم والوقت باق فيبطل اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر، وعند أبي يوسف ـ لا تبطل ويحنث.

واختلفت الرواية عنه في وقت الحنث أنه يحنث للحال أو عند غروب الشمس روى عنه أنه يحنث عند غروب الشمس.

وروى عنه: أنه يحنث للحال قيل وهو الصحيح من مذهبه، وإن كان في النفي فمضى الوقت والحالف ـ والمحلوف عليه قائمان فقد بر في يمينه لوجود شرط البر وكذلك إن هلك الحالف والمحلوف عليه في الوقت لما قلنا، وإن فعل المحلوفَ عليه في الوقت حنث لوجود شرط الحنث وهو الفعل في الوقت والله أعلم.

وأما الموقت دلالة فهو المسمى يمين الفور، وأول من اهتدى إلى جوابها أبوحنيفة ثم كل من سمعه استحسنه وما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن وهو أن يكونَ اليمين مطلقاً عن الوقت نصاً ودلالة الحال تدل على تقييد الشرط بالفور بأن خرج جواباً لكلام أو بناء على أمر نحو أن يقولَ لآخر تعال تغدَّ معي فقال: والله لا أتغدى فلم يتغد معه، ثم رجع إلى منزله فتغدى لا يحنث استحساناً، والقياس أن يحنثَ، وهو قول زفر، وجه القياس أنه منع نفسه عن التغدي عاماً فَصَرْفُهُ إلى البعض دون البعض تخصيصٌ للعموم.

ولنا: أن كلامَه خرج جواباً للسؤال فينصرف إلى ما وقع السؤال عنه والسؤال وقع عن الغداء المدعو إليه فينصرف الجواب إليه كأنه أعاد السؤال وقال: والله لا أتغدى الغداء الذي دعوتني إليه، وكذا إذا قامت امرأته لتخرج من الدار، فقال لها إن خرجت فأنت طالق فقعدت ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث استحساناً لأن دلالة الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة كأنه قال إن خرجتِ هذه الخرجة فأنت طالق.

ولو قال لها: إن خرجت من هذه الدار على الفور أو في هذا اليوم فأنت طالق بطل اعتبار الفور، لأنه ذكر ما يدل على أنه ما أراد به الخرجة المقصود إليها وإنما أراد الخروج المطلق عن الدار في اليوم حيث زاد على قدر الجواب.

وعلى هذا يخرج ما إذا قيل له: إنك تغتسل الليلة في هذه الدار من جنابة، فقال: إن اغتسلت فعبدي حر ثم اغتسل لا عن جنابة، ثم قال: عنيت به الإغتسال عن جنابة أنه يصدق لأنه أخرج الكلامَ مخرجَ الجوابِ ولم يأت بما يدل على إعراضه عن الجواب فيقيد بالكلام السابق ويجعل كأنه إعادة.

ولو قال: إن اغتسلت فيها الليلة عن جنابة فأنت حر أو قال: إن اغتسلت الليلة في هذه الدار فعبدي حر، ثم قال عنيت الاغتسالَ علىٰ جنابة لا يصدق في القضاء لأنه زاد عن القدر المحتاج إليه من الجواب حيث أتى بكلام مفيد مستقل بنفسه فخرج عن حد الجواب وصار كلاماً مبتدأ فلا يصدق في القضاء لكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه يحتمل أنه أراد به الجوابَ ومع هذا زاد على قدره. وهذا وإن كان بخلاف الظاهر لكن كلامه يحتمله في الجملة.

وعلى هذا يخرج ما قاله ابن سماعة، سمعت محمداً يقول في رجل قال لآخر: إن ضربتَني ولم أضربْك وما أشبه ذلك، فهذا على الفور قال: وقوله لَمْ يكون على وجهين على قبل وعلى بعد، فإن كانت على بعد فهي على الفور.

ولو قال: إن كلمتني فلم أجبك فهذا على بعد وهو على الفور، وإن قال: إن ضربتني ولم أضربك فهو عندنا على أن يضرب الحالف قبل أن يضرب المحلوف عليه فإن أراد به بعد ونوى ذلك فهو على الفور، وهكذا روي عن محمد، وجملة هذا إن هذه اللفظة قد تدخل على الفعل الماضي وقد تدخل على المستقبل فما كان معاني كلام الناس عليه حمل عند الإطلاق عليه، وإن كانت مستعملة في الوجهين على السواء يتميز أحدهما بالنية، فإذا قال إن ضربتني ولم أضربك فقد حمله محمد على الماضي كأنه رأى معاني كلام الناس عليه عند الإطلاق فكأنه قال إن ضربتني من غير مجازاة لما كان مني من الضرب فعبدي حر، ويحتمل الإستقبال أيضاً فإذا نواه حمل عليه، وقوله إن كلمتني ولم أجبك فهذا على المستقبل لأن الجواب لا يتقدم الكلام فحمل على الاستقبال ويكون على الفور لأنه يراد به الفور عادة وروي عن محمد فيمن قال: كل جارية يشتريها فلا يطؤها فهي حرة قال هذا يطؤها ساعة يشتريها فإن لم يفعل فهي حرة، لأن الفاء تقتضي التعقيب.

ولو قال: مكان هذا إن لم يطأها فهذا على ما بينه وبين الموت فمتى وطئها بَرَّ، لأن كلمة إن كلمة شرط فلا تقتضي التعجيل، قال هشام عن أبي يوسف: فإن قال لغلامه إن لم تأتني حتى أضربك فأنت حر فجاء من ساعته فلم يضربه قال متى ما ضربه فإنه يبرُ في يمينه ولا يعتق إلا أن ينوي ساعة أمره بذلك لما ذكرنا إن للشرط فلا تقتضي التعجيل إذا لم يكن في الكلام ما يدل عليه.

ولو قال: إن لم أشتر اليوم عبداً فأعتقه، فعَليَّ كذا فاشترى عبداً فوهبه ثم اشترى آخر فأعتقه، قال محمد إنما وقعَت يمينه على العبد الأول فإذا أمسى ولم يعتقه حنث، لأن تقدير كلامه إن اشتريْت عبداً فعَليَّ عتقه فإن لم أعتقه فعلي حجة، وهذا قد استحقه الأول فلم يدخل الثاني في اليمين.

قال هشام عن محمد فيمن قال لآخر: إن مت ولم أضربْك فكل مملوك لي حر فمات الحالف ولم يضربْه قال محمد: لا يعتقون، لأن من شرط الحنث أن يكون بعد الموت ولا ملك له في ذلك الوقت فلا يعتقون.

وإن قال: إن لم أضربك فكل مملوك لي حر لا يحنث حتى تخرجَ نفسه فيحنث قبل خروج نفسه يعني في آخر جزء من أجزاء حياته فيعتقون حينئذ لأن شرطَ الحنث ترك الضرب وإنه يتحقق في تلك الحالة.

ولو قال: إن لم أدخل هذه الدار حتى أموتَ فغلامه حر فلم يدخلها حتى مات لم يعتق، وكذلك قال محمد فيمن قال إن لم أضربك فيما بيني وبين أن أموت فعبدي حر فلم يضربه حتى ماتَ عتق العبد قبل أن يموت، لأن في الأول حنث بعد الموت. وقال محمد في «الزيادات» فيمن قال لرجل:امرأته طالق إن لم تخبر فلاناً بما صنعت حتى يضربَك فعبدي حر فأخبره فلم يضربه بر في يمينه لأنه جعل شرطَ البر الإخبارَ لأنه سبب صالح للضرب جزاءً له على صنعه والإخبار مما لا يمتد ولا يضرب له المدة فتعذر جعله للغاية فجعل للجزاء.

وقوله: حتى يضربَك بيان الغرض بمعنى ليضربَك فيصير معناه إن لم أتسبب لضربك، فإذا أخبر بصنيعه فقد سبب لضربه فبر في يمينه، وكذلك إذا قال إن لم آتك حتى تغديني أو إن لم أضربك حتى تضربَني فعبدي حر، فأتاه فلم يغده أو ضرَبه ولم يضربه بر في يمينه، لأن التغذية لا تصلح غاية للإتيان لكونها داعيةً إلى زيادة الإتيان، وكذلك الضرب يدعو إلى زيادة الضرب لا إلى تركه وإنهائه فلا يجعل غايةً ويجعل جزاءً لوجود شرطه.

ولو قال: إن لم ألزمك حتى تقضيني حقي أو لم أضربك حتى يدخلَ الليل أو حتى تشتَكي يدي أو حتى تصيحَ، أو حتى يشفعَ لك فلان أو حتى ينهاني فلان، فترك الملازمة قبل أن يقضيَ حقه أو ترك الضرب قبل وجود هذه الأسباب حنث لأن كلمة حتى ههنا للغاية إذ المعقود عليه فعل ممتد وهو الملازمة والضرب في قضاء الدين مؤثر في إنهاء الملازمة إذ هو المقصود من الملازمة والشفاعة والصياح والنهي وغيرها مؤثر في ترك الضرب وإنهائه فصارت للغاية لوجود شرطها، ولو نوى به الجزاء يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق في القضاء لأنه أرادَ به التخفيف على نفسه فكان متهماً.

وإن قالَ: إن لم آتك اليومَ حتىٰ أتغدى عندك أو إن لم آتك حتى أضربَك فعبدي حر فأتاه فلم يتغدّ عنده أو لم يضربه حتى مضَى اليوم حنث، لأن كلمة حتى ههنا للعطف، لأن الفعلين جميعاً من جانب واحد وهو الحالف فيصير كأنه قال إن لم آتك اليوم فأضربك أو فأتغدى عندك فإن لم يوجدا جميعاً لا يبر بخلاف قوله حتى تغديَني لأن هناك أحد الفعلين من غيره فكان عوض فعله فلا يحنث بعدمه وإن لم يوقت باليوم فأتاه ولم يتغد لم يحنث لأن البر موجود بأن يأتيه ويتغدى أو يتغدى من غير إتيان ووقت البر متسع فلا يحنث، كما لو صرح به وقال إن لم آتك فأتغدى عندك. ولو قال ذلك: لا يحنث ما دام حياً كذلك هذا وحكى هشام عن أبي يوسف: أن من قالَ لأمته: إن لم تجيئيني الليلة حتى أجامعك مرتين فأنت حرة فجاءته فجامعها مرة وأصبحَ حنث في يمينه، وهذا وقوله إن لم تجيئيني الليلة فأجامعك مرتين سواء، فيصير المجيء والمجامعة مرتين شرطاً للبر، فإذا انعدم يحنث، فإن لم يوقت بالليل لا يحنث وله أن يجامعها في أيّ وقت شاء، لأن وقت البر يتسع عند عدم التوقيت.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال: إن ركبت دابتك فلم أعطك دابتي فعبدي حر قال:هذا على الفور

إذا ركب دابته فينبغي أن يعطيه دابة نفسه ساعَتَئِذٍ. وكذلك إذا قال إن دخلت دارك فلم أجلس فيها، لأن الفاء للتعقيب فيقتضي وجود ما دخلت عليه عقيب الشرط، قال ولو قال إن رأيت فلاناً فلم آتك به فعبدي حر، فرآه أول ما رآه مع الرجل الذي قال له إن رأيته فلم آتك به، فإن الحالف حانث الساعة، لأن يمينه وقعت على أول رؤية ويستحيل أن يأتيه بمن هو معه.

قال القدوري: وقد كان يجب أن لا يحنثَ عند أبي حنيفة ومحمد كما قالا فيمن قال له إن رأيت فلاناً فلم أعلمك بذلك فعبدي حر، فرآه أول ما رآه مع الرجل الذي قال له ذلك لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد، لأن العلم بمن قد علمه محال. وكذلك الإتيان بمن معه فيصير كمن قال لأشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه. ولو أن رجلاً قال: إن لقيتُك فلم أسلم عليك فإن سلمَ عليه ساعة يلقاه وإلا حنث، وكذلك إن قال إن استعرت دابتك فلم تعرني لأن هذا على المجازاة يداً بيد، وليس هذا مثل قوله إن دخلت الدار فإن لم أكلم فلاناً فهذا متى ما كلمه بر، و «الأصل» فيه أن يجيء في هذا الباب أمور تشتبه، فإنْ لَمْ في معنى فَلَمْ يحمل على معظم معاني كلام الناس.

ولو قال: إن أتيتني فلم آتك أو إن زرتني فلم أزرك أو إن أكرمتني فلم أكرمك فهذا على الأبد وهو في هذا الوجه مثل فإن لم، لأن الزيارة لا تتعقب الزيارة عادة فكان المقصود هو الفعل.

فإن قيل: أتيتني فلم آتك فالأمر في هذا مشتبه قد يكون بمعنى إن لم آتك قبل إتيانك وقد يكون بمعنى إن لم آتك بعد إتيانك فكان محتملاً للأمرين فيحمل على ما كان الغالب من معاني كلام الناس عليه، فإن لم يكن فهو على ما نوى أيَّ ذلك نوى من قبل أو بعد حملاً على ما نوى، وإن لم تكن له نية يلحق بالمشتبه الذي لا يعرف له معنى.

فأما الذي يعرف من معناه أنه قبل أو بعد فهو على الذي يعرف في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يكن له نية، فإن نوى خلاف ما يعرف لم يدين في الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى، فالذي الظاهر منه قبل، كقوله إن خرجت من باب الدار ولم أضربك، والذي ظاهره بعد، مثل قوله إن أعطيتني كذا ولم أكافئك بمثله، والمحتمل كقوله: إن كلمتك ولم تكلمني، فهذا يحتمل قبل وبعد، فأيهما فعل لم يكن للحالف فيه، وإن كان نوى أحد الفعلين فهو على ما نوى وإن كان قبل ذلك فنطق يكون هذا جواباً له فهو على الجواب والله عز وجل الموفق.

وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء نحو أن يقولَ:إن شاء الله تعالى أو إلا أن يشاءَ اللَّهُ أو ما شاء الله، أو إلا أن يبدو لي غير هذا أو إلا أن أرى غيرَ هذا، أو إلا أن أحبَّ غير هذا، أو قال: إن أعانني الله أو يسر الله أو قال بمعونة الله أو بتيسره ونحو ذلك، فإن قال شيئاً من ذلك موصولاً لم تنعقد اليمين، وإن كان مفصولاً انعقدت.

وسيأتي الكلام في الاستثناء وشرائطه في كتاب الطلاق.

ولو قال: إلا أن أستطيع فإن عنى استطاعةَ الفعل، وهو المعنى الذي يقصد فلا يحنث أبداً لأنها مقارنة للفعل عندنا فلا توجد ما لم يوجد الفعل، وإن عنى به استطاعة الأسباب وهي سلامة الآلات والأسباب

والجوارح والأعضاء، فإن كانت له هذه الاستطاعة فلم يفعل حنث وإلا فلا، وهذا لأن لفظ الاستطاعة يحتمل كل واحد من المعينين لأنه يستعمل فيهما، قال الله تعالى: ﴿ما كانوا يستطيعون﴾[١].

وقال ﴿إِنَّكَ لنْ تستطيعَ معي صبراً﴾[٢] والمراد منه استطاعة الفعل وقال الله تعالى: ﴿ولِلَّهِ على الناس حِجُّ البيتِ من استطاعَ إليه سبيلاً﴾[٣]، وقال عز وجل: ﴿فمَنْ لَمْ يستطِعْ فإطعامُ سِتين مسكيناً﴾[٤] والمراد منه استطاعة سلامة الأسباب والآلات، فأيَّ ذلك نوى صحت نيته، وإن لم يكن له نية يحمل على استطاعة الأسباب وهو أن لا يمنعه مانع من العوارض والاشتغال لأنه يراد بها ذلك في العرف والعادة، فعند الإطلاق ينصرف إليه والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم اليمين بالله تعالى فيختلف باختلاف اليمين، أما يمين الغموس فحكمها وجوب الكفارة لكن بالتوبة والاستغفار لأنها جرأة عظيمة حتى قال الشيخ أبو منصور الماتريدي كان القياس عندي أن المتعمدَ بالحلف على الكذب يكفر لأن اليمين بالله تعالى جعلت للتعظيم لله تعالى والحالف بالغموس مجترىء على الله عز وجل مستخف به، ولهذا نهى رسول الله ﷺ عن الحلف بالآباء والطواغيت لأن في ذلك تعظيماً لهم وتبجيلاً فالوزر له في الجراءة على الله أعظم، وهذا لأن المتعمدّ بالحلف كاذباً على المعرفة بأن الله عز وجل يسمع استشهاده بالله كاذباً مجترىء على الله سبحانه وتعالى ومستخفٌ به، وإن كان غيره يزعم أنه ذكر على طريق التعظيم، وسبيل هذا سبيل أهل النفاق أنّ إظهارَهم الإيمانَ بالله سبحانه وتعالى استخفافٌ بالله تعالى لما كان اعتقادهم بخلاف ذلك.

وإن كانَ ذلك القول تعظيماً في نفسه وصدقاً في الحقيقة تلزمهم العقوبة لما فيه من الإستخفاف، وكذا هذا ولكن نقول لا يكفر بهذا لأن فعله وإن خرجَ مخرجَ الجراءة على الله تعالى والإستخفاف به من حيث الظاهر؛ لكن غرضه الوصول إلى مُناهُ وشهوته لا القصد إلى ذلك، وعلى هذا يخرج قول أبـي حنيفة رحمه الله تعالى في سؤال السائل أن العاصي يطيع الشيطان، ومن أطاع الشيطان فقد كفر، كيف لا يكفر العاصي، فقال لأن فعله وإن خرجَ مخرجَ الطاعة للشيطان لكن ما فعله قصداً إلى طاعته، وإنما يكفر بالقصد إذ الكفر عمل القلب لا بما يخرج فعله فعل معصية فكذلك الأول.

وأما الكفارة المعهودة وهي الكفارة بالمال فلا تجب عندنا.

وعند الشافعي[٥]: تجب احتج بقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذُكُم اللَّهُ باللغوِ في أيمانِكم ولكِنْ يؤاخذكم بما كسبَتْ قلوبكم﴾[٦] نفى المؤاخذةَ باليمينِ اللغو في الأيمانِ وأثبتها بما كسبَ القلبُ ويمين الغموس مكسوبة القلب فكانتِ المؤاخذة ثابتةً بها إلا أن اللَّهَ تعالى أبهَمَ المؤاخذةَ في هذه الآية الشريفة أنها بالإثم أو بالكفارة

---

(١) سورة هود، الآية: (٢٠).
(٢) سورة الكهف، الآية: (٢٧).
(٣) سورة آل عمران، الآية: (٩٧).
(٤) سورة المجادلة، الآية: (٤).
(٥) انظر «الأم» (٧/ ٦١) و «المهذب» (٢/ ١٢٩) و «الوجيز» (٣/ ٢٢٣) و «الروضة» (١١/ ٣) و «المنهاج» صفحة (١٤٤).
(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥).

المعهودة، لكن فسر في الأخرى أن المؤاخذةَ بالكفارة المعهودة وهي قوله عز وجل: ﴿ولكنْ يؤاخذُكم بما عقَّدتم الأيمانَ فكفارتُهُ﴾[1] الآية.

فعلم أن المرادَ من المؤاخذة المذكورة في تلك الآية هذه المؤاخذة وبقوله عز وجل: ﴿ولكن يؤاخذُكم بما عقدتُم الأيمانَ فكفارتُه﴾[2] الآية. أثبتَ المؤاخذةَ في اليمين المعقودة بالكفارة المعهودة، ويمين الغموس معقودة لأن اسم العقد يقع على عقد القلب وهو العزم والقصد وقد وجد بقوله عز وجل في آخر الآية الكريمة: ﴿ذلك كفارةُ أيمانِكُمْ إذا حَلَفْتُمْ﴾[3]، جعل الكفارة المعهودة كفارة الأيمان على العموم، خص منه يمين اللغو، فمن ادعى تخصيصَ العموم فعليه الدليل مع ما أن أحق ما يراد به الغموس، لأنه علق الوجوب بنفس الحلف دون الحنث وذلك هو الغموس، إذ الوجوب في غيره يتعلق بالحنث.

ولنا: قوله تعالى: ﴿إنَّ الذينَ يشترونَ بعهدِ اللَّهِ وأيمانِهِمْ ثَمَناً قليلاً أُولَئِكَ لا خلاقَ لهم في الآخرةِ﴾[4] الآية. ورُوي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ حلف على يمينٍ وهو فيها فاجر لِيَقْتَطِعَ بها مالاً لَقِيَ اللَّهَ وهو عليه غضبانٌ»[5]، ورُوي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنَّهُ قال: «مَنْ حَلَفَ على منبري هَذَا بيمينٍ آثمة تَبوأ مقعَدهُ مِنَ النَّارِ»[6]، والاستدلال بالنصوص أن اللَّهَ تعالى جعل موجبَ الغموس العذاب في الآخرة، فمن أوجب الكفارةَ فقد زاد على النصوص فلا يجوز إلا بمثلها، وما رُوي عن نبي الرحمة ﷺ أنه قال للمتلاعنين بعد فراغهما من اللعان: «اللَّهُ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُما كَاذبٌ فهَلْ منكما تائبٌ»[7]، دعاهما إلى التوبة لا إلى الكفارة المعهودة، ومعلوم أن حاجتهما إلى بيان الكفارة المعهودة لو كانت واجبة كانت أشد من حاجتهما إلى بيان كذب أحدهما وإيجاب التوبة، لأن وجوب التوبة بالذنب يعرفه كل عاقل بمجرد العقل من غير معونة السمع، والكفارة المعهودة لا تعرف إلا بالسمع.

فلما لم يبين مع أن الحال حال الحاجة إلى البيان دل أنها غير واجبة، وكذا الحديث الذي رُوي في الخصمين أنه قضى لأحدِهما وذكر فيه الوعيد الشديد أن يأخذه وهو غير الحق في ذلك ثم «أمرهما ﷺ بالإستهام وأن يحللَ كُلّ واحدٍ مِنْهُمَا صاحِبَهُ»[8] ولم يبين الكفارة والموضع موضع الحاجة إلى البيان لو كانت واجبة فعلم أنها غير واجبة، ولأن وجوب الكفارة المعهودة حكم شرعي فلا يعرف إلا بدليل

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٤) سورة آل عمران، الآية: (٧٧).

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب التفسير سورة آل عمران باب ﴿إن الذين يشترون بعهد الله...﴾ برقم (٤٥٤٩) ومسلم في «صحيحه» كتاب الأيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم...

(٦) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٢٢٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٩٨) ومالك في «الموطأ» (٢/ ٧٢٧) كتاب الأقضية باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ.

وابن حبان في «صحيحه» كتاب الأيمان باب ذكر إيجاب دخول النار للحالف على منبر رسول الله ﷺ كذباً رقم (٤٣٦٨).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) تقدم في المجلد الثاني.

شرعي وهو النص أو الإجماع أو القياس ولم يوجد وأقوى الدلائل في نفي الحكم نفي دليله.

أما الإجماع: فظاهر الإنتفاء، وكذا النص القاطع لأن أهل الديانة لا يختلفون في موضع فيه نص قاطع، والنص الظاهر وجب العمل به أيضاً، وإن كان لا يجب الاعتقاد قطعاً فلا يقع الاختلاف ظاهراً نَفىٰ الاستدلال باليمين المعقودة ومن شرطه التساوي ولم يوجد، لأن الذنب في يمين الغموس أعظم وما صلح لدفع أدنى الذنبين لا يصلح لرفع أعلاهما، ولهذا قال إسحاق في يمين الغموس، أجمع المسلمون على أنه لا يجب الكفارة فيها فقول من يوجبها ابتداء شرع ونصب حكم على الخلق وهو لم يشرك في حكمه أحداً؛ ولا حجة له في قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكم بِمَا كسبت قلوبُكم﴾[1] لأن مطلقَ المؤاخذة في الجنايات يراد بها المؤاخذة في الآخرةِ لأنها حقيقة المؤاخذة والجزاء.

فأما المؤاخذة في الدنيا فقد تكون خيراً وتكفيراً فلا تكون مؤاخذة معنى ونحن به نقول إن المؤاخذةَ بيمين الغموس ثابتة في الآخرة، ولأن قوله تعالى: ﴿يُؤَاخِذُكُمْ﴾ إخبار أنه يؤاخذ.

فأما قضية المؤاخذة فليست بمذكورة فيستدعي نوعَ مؤاخذة، والمؤاخذة بالاسم مرادة من هذه الآية فلا يكون غيره مراداً إذاً.

وأما قوله تعالى: ﴿ولَكِنْ يؤاخذُكم بِمَا عقَّدْتُمُ الأيمان﴾[2] فالمراد منه اليمين على أمر في المستقبل، لأن العقد هو الشد والربط في اللغة، ومنه عقد الحبل وعقد الحمل وانعقاد الرق وهو ارتباط بعضه ببعض وقد يذكر ويراد به العهد، وكل ذلك لا يتحقق إلا في المستقبل، ولأنِ الآية قرئت بقرائتين بالتشديد والتخفيف والتشديد لا يحتمل إلا عقدَ اللسان وهو عقد القول، والتخفيف يحتمل العقد باللسان والعقد بالقلب وهو العزم والقصد فكانت قراءة التشديد محكمة في الدلالة على إرادة العقد باللسان والقراءة بالتخفيف محتملة فيردّ المحتمل إلى المحكم ليكون عملاً بالقراءتين على الموافقة.

والدليل على أن المرادَ من الآيةِ الكريمةِ اليمينُ على أمر في المستقبل أنه علق الكفارة فيها بالحلف والحنث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه إذا حلفتم وحنثتم، والحنث لا يتصور إلا في اليمين على أمر في المستقبل، وكذا قوله تعالى ﴿واحْفَظُوا أيمانكم﴾[3]، وحفظ اليمين إنما يتصور في المستقبل، لأن ذلكَ تحقيق البر والوفاء بالعهد وانجاز الوعد، وهذا لا يتصور في الماضي والحال والله عز وجل الموفق.

وأما يمين اللغو فلا كفارة فيها بالتوبة ولا بالمال بلا خلاف بيننا وبين الشافعي، لأن قوله تعالى: ﴿لا يؤاخِذُكُمُ اللَّهُ باللغوِ في أيمانِكم﴾[4] أدخل كلمة النفي على المؤاخذة فيدل على انتفاء المؤاخذة فيها بالإثم والكفارة جميعاً وإنما اختلفا في تفسيرها.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٥).

واختلف قولُ مَنْ فسرها باليمين على المعاصي في وجوب الكفارة على ما بينا، ثم الحالف باللغو إنما لا يؤاخذ في اليمين بالله تعالى، فأما اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق فإنه يؤاخذ به حتى يقع الطلاق والعتاق، وإن كان ظاهر الآية الكريمة في نفي المؤاخذة عاماً عرفنا ذلك بالخبر والنظر.

أما الخبر فقوله ﷺ: «ثلاثٌ جَدُّهُنَّ جدٌّ وهَزْلُهُنَّ جَدٌّ»[1]، وذكر الطلاق والعتاق واللاغي لا يَعْدُو هذين فدل أن اللغوَ غير داخل في اليمين بالطلاق والعتاق.

وأما النظر: فهو أن الطلاقَ والعتاق مما يقع معلقاً ومنجزاً ومتى علق بشرط كان يميناً فأعظم ما في اللغو أنه يمنع انعقاد اليمين وارتباط الجزاء بالشرط فيبقى مجرد ذكر صيغة الطلاق والعتاق من غير شرط فيعمل في إفادة موجبهما بخلاف اليمين وارتباط الجزاء بالشرط فيبقى مجرد ذكربالله تعالى، فإن هناك إذا لغا المحلوف عليه يبقى مجرد قوله والله فلا يجب به شيء فثبت بما ذكرنا أن المراد بالآية اللغو في اليمين بالله تعالى لا في اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق وسائر الأجزية.

وأما حكم اليمين المعقودة وهي اليمين على المستقبل فاليمين على المستقبل لا يخلو إما أن يكون على فعل واجب وإما أن يكون على ترك المندوب وإما أن يكون على ترك المباح أو فعله، فإن كان على فعل واجب بأن قال: والله لأصلين صلاةَ الظهر اليومَ أو لأَصومَنَّ رمضانَ فإنه يجب عليه الوفاء به، ولا يجوز له الامتناع عنه لقوله ﷺ: «مَنْ حَلَفَ أن يطيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعْهُ»[2]، ولو امتنع يأثم ويحنث ويلزمه الكفارة، وإن كان على ترك الواجب أو على فعل معصية بأن قال:والله لا أصلي صلاة الفرض أو لا أصوم رمضان، أو قال والله لأَشْرَبَنَّ الخمرَ أو لأَزْنِيَنَّ أو لأقتلنَّ فلاناً أو لا أكلم والدي ونحو ذلك، فإنه يجب عليه للحال الكفارة بالتوبة والاستغفار، ثم يجب عليه أن يحنث نفسه ويكون بالمال، لأن عقد هذه اليمين معصية فيجب تكفيرها بالتوبة والاستغفار في الحال كسائر الجنايات التي ليس فيها كفارة معهودة.

وعلى هذا يحمل ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ حَلَفَ على يمينٍ فرأى غيرَها خيراً منها فَلْيُكفِّر عن يمينِه ثم ليأتِ الذي هو خير»[3]، أي عليه أن يحنث نفسه لقوله ﷺ «من حلف أن يعصيَ اللَّهَ تعالى فلا يعصِه» وترك المعصية بتحنيث نفسه فيها فيحنث به ويكفر بالمال، وهذا قول عامة العلماء.

وقال الشعبي: لا تجب الكفارة المعهودة في اليمين على المعاصي، وإن حنث نفسه فيها لما رُوي عن أبـي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا حلف أحدُكمْ عَلى يَمينٍ فَرأى مَا هو خيرٌ مِنْهَا فليأتِهِ

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في الطلاق على الهزل برقم (٢١٩٤) والترمذي في «السنن» كتاب الطلاق باب ما جاء في الجد والهزل برقم (١١٨٤) وقال: (حسن غريب).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الطلاق باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً رقم (٢٠٣٩).

(٢) أخرجه بلفظ «من نذر...» مالك في الموطأ (٢/ ٤٧٦) كتاب النذور والأيمان باب ما لا يجوز من النذور والبخاري في «الصحيح» كتاب الأيمان والنذور باب النذر في الطاعة رقم (٦٦٩٦).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٣٦١) والترمذي في «السنن» (١٥٣٠) كتاب الأيمان والنذور باب ما جاء في الكفار قبل الحنث. و «تحفة الأشراف» (١٢٧٣٨).

فإنَّهُ لا كَفَّارَةَ بِهَا»[١]، ولأن الكفارة شرعت لرفع الذنب، والحنث في هذه اليمين ليس بذنب لأنه واجب فلا تجب الكفارة لرفع الذنب ولا ذنب.

ولنا: قوله تعالى: **﴿ولَكِنْ يؤاخِذُكم بما عقَّدتُمُ الأيمانَ فكفارتُه﴾**[٢]، إلى قوله: **﴿ذلك كفارةُ أيمانِكم إذا حَلفتم﴾**[٣]، من غير فصل بين اليمين على المعصية وغيرها والحديث المعروف وهو ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ حلف على يمينٍ فرأى غيرَها خيراً منها فليأت الذي هو خيرٌ وليكفِّر عن يمينه**»[٤] وما رُوي عن أبي هريرة رضي الله عنه فقد رُوي عنه خلافه، قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا حلف أحدُكم بيمينٍ ثم رأى خيراً مِمّا حلف عليه فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خيرٌ**»[٥] فوقع التعارض بين حديثيه فبقي الحديث المعروف لنا بلا تعارض، ولأن الأَمَّة أجمعت على أن الكفارة لا يمتنع وجوبها لِعُذْرٍ في الحانث بل يتعلق بمطلق الحنث، سواء كان الحانث ساهياً أو خاطئاً أو نائماً أوْ مغمى عليه أو مجنوناً فلا يمتنع وجوبها لأِجل المعصية، ولأن الكفارة إنما وجبت في اليمين على المباحات، إما لأن الحنث فيها يقع خلفاً في الوعد ونقضاً للعهد لأن الحالف وعد أن يفعل وعاهد الله على ذلك، فإذا حنث فقد صار بالحنث مخلفاً في الوعد ناقضاً للعهد فوجبت الكفارة ليصير الحلف مستوراً، كأنه لم يكن، أو لأن الحنثَ منه يخرج مخرجَ الاستخفافِ بالاستشهاد باسم الله تعالى من حيث الصورة متى قوبل ذلك بعقده السابق لا من حيث الحقيقة، إذ المسلم لا يباشر المعصية قصداً لمخالفة الله تعالى وإرادة الاستخفاف بأمره ونهيه فوجب عليه التكفير جبراً لما هتك من حرمة اسم الله تعالى صورة لا حقيقة وستراً، وكل واحد من الوجهين موجود ههنا فيجب.

وأما قولهم: الكفارة شرعت لرفع الذنب فنعم، لكن لِمَ قلتم أنه لا ذنب. وقولهم الحنث واجب، قلنا: بلى لكن من حيث أنه تركُ المعصية لا من حيث أنه نقض اليمين التي هي عهدٌ مع الله تعالى، بل الحنث من هذه الجهة ذنب فيحتاج إلى التكفير بالمال، وإن كان على ترك المندوب بأن قال: والله لا أصلي نافلة ولا أصوم تطوعاً ولا أعود مريضاً ولا أُشَيِّعُ جنازةَ ونحو ذلك، فالأفضل له أن يفعل ويكفر عن يمينه بالحديث الذي روينا.

وإن كان على مباح تركاً أو فعلاً كدخول الدار ونحوه فالأفضل له البر وله أن يحنث نفسه ويكفر، ثم الكفارة تجب في اليمين المعقودة على المستقبل، سواء قصد اليمين أو لم يقصد عندنا بأن كانت على أمر في المستقبل.

وعند الشافعي[٦]: لا بد من قصد اليمين لتجب الكفارة. واحتج بما رُوي عن رسول الله ﷺ أنه قال:

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الأيمان والنذور باب اليمين في قطيعة الرحم برقم (٣٢٧٢).
بلفظ: «.. وليأت الذي هو خير فإن تركها كفارتها».

(٢) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٤) تقدم.

(٥) تقدم.

(٦) انظر «الأم» (٧/ ٦١) و «المنهاج» صفحة (١٤٤).

«ثلاثٌ جَدُّهُنَّ جدٌّ وهزلهنَّ جَدٌّ: الطلاق والعتاق والنكاح»[١] فتخصيص هذه الأشياء بالذكر في التسوية بين الجد والهزل منها دليل على أن حكم الجد والهزل يختلف في غيرها ليكون التخصيص مفيداً.

ولنا: قوله تعالى: ﴿ولكِنْ يؤاخِذُكُمْ بما عقَّدتُم الأيمانَ فكفارتُهُ﴾[٢] أثبت المؤاخذة بالكفارة المعهودة في اليمين المعقودة مطلقاً عن شرط القصد إذ العقد هو الشد والربط والعهد على ما بينا، وقوله عز وجل: ﴿ذلك كفارةُ أيمانِكم إذا حلفتم﴾[٣] أي حلفتم وحنثتم جعل أحدَ الأشياء المذكورة كفارة الأيمان على العموم عند وجود الحلف والحنث وقد وجد.

وأما الحديث فقد رُوي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ثلاثٌ جَدُّهُنَّ جدٌّ وهزلهنَّ جَدٌّ: النكاحُ والطلاقُ واليمينُ»[٤] مع ما أن روايته الأخرى مسكوتة عن غير الأشياء المذكورة إذ لا يتعرض لغيرها بالنفي ولا بالإثبات فلا يصح الاحتجاج به والله عز وجل أعلم.

ثم وقت وجوب الكفارة في اليمين المعقودة على المستقبل هو وقت وجود الحنث فلا يجب إلا بعد الحنث عند عامة العلماء، وقال قوم وقته وقت وجود اليمين فتجب الكفارة بعقد اليمين من غير حنث.

واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤاخِذُكم بما عقدتُّم الأيمانَ﴾[٥] وقوله عز وجل: ﴿ذَلِكَ كفارةُ أيمانِكم إذَا حَلَفْتُمْ﴾[٦] وقوله عز وجل: ﴿فكفارته﴾[٧] أي كفارة ما عقدتم من الأيمان، لأن الإضافة تستدعي مضافاً إليه سابقاً ولم يسبق غير ذلك العقد فيصرف إليه، وكذا في قوله: ﴿ذَلِكَ كفارةُ أيمانِكُمْ﴾[٨] أضاف الكفارة إلى اليمين، وعلى ذلك تنسب الكفارة إلى اليمين فيقال كفارة اليمين والإضافة تدل على السببية في الأصل، وبما رُوي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ حلف على يمينٍ فرأى غيرَها خيراً منها فَلْيُكفِّر عَنْ يمينِه ثم ليأتِ الذي هو خير»[٩] والاستدلال بالحديث من وجهين:

أحدهما: أنه أمر بالتكفير بعد اليمين قبل الحنث، ومطلق الأمر يحمل على الوجوب.

والثاني: أنه قال عليه الصلاة والسلام: «فليكفر عن يمينه» أضاف التكفير إلى اليمين فكذا في الرواية الأخرى «فليأت الذي هو خير وليكفر يمينه» أمر بتكفير اليمين لا بتكفير الحنث، فدل أن الكفارة لليمين، ولأن الله تعالى نهى عن الوعد إلا بالاستثناء بقوله عز وجل: ﴿ولا تقولَنَّ لِشَيْءٍ إنِّي فاعلٌ ذَلِكَ غداً إلا أنْ يشاءَ اللَّهُ﴾[١٠].

---

(١) تقدم.
(٢) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٤) تقدم.
(٥) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٦) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٧) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٨) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٩) تقدم تخريجه.
(١٠) سورة الكهف، الآية: (٢٣).

ومعلوم أن ذلك النهي في اليمين أوكد وأشد ممن حلف على شيء بلا ثنيا فقد صار عاصياً بإتيان ما نُهِيَ عنه فتجب الكفارة لدفع ذلك الإثم عنه.

ولنا: أن الواجبَ كفارة، والكفارة تكون للسيئات إذ من البعيد تكفير الحسنات فالسيئات تكفر بالحسنات، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الحسنات يُذْهِبْنَ السيئات﴾[1]، وعقد اليمين مشروع وقد أقسم رسول الله ﷺ في غير موضع، وكذا الرسل المتقدمة عليهم الصلاة والسلام، قال الله تعالى خبراً عن إبراهيم عليه الصلاة والسلام أنه قال: ﴿وتاللَّهِ لأَكِيدَنَّ أصنامَكُمْ﴾[2] وقال خبراً عن أولاد يعقوب عليهم الصلاة والسلام أنهم قالوا: ﴿تاللَّهِ تَفْتَؤُ تذكُرُ يوسفَ﴾[3] وكذا أيوب عليه الصلاة والسلام كان حلف أن يضرب امرأته فأمره الله سبحانه بالوفاء بقوله تعالى: ﴿وخُذْ بيدِك ضغثاً فاضرِبْ به ولا تحنثْ﴾[4] والأنبياء عليهم الصلاة والسلام معصومون عن الكبائر والمعاصي فدل أن نفس اليمين ليست بذنب.

ورُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا حَلَفْتُمْ فاحلفُوا بالله»[5]، وقال ﷺ: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيتِ فَمَنْ كانَ حَالِفاً فليحلفْ باللَّهِ أو لِيَذَرْ»[6]، أمر ﷺ باليمين بالله تعالى، فدل أن نفس اليمين ليس بذنب فلا يجب التكفير لها وإنما يجب للحنث لأنه هو المأثم في الحقيقة ومعنى الذنب فيه أنه كان عاهَدَ اللَّهَ تعالى أن يفعل كذا فالحنث يخرج مخرج نقض العهد منه فيأثم بالنقض لا بالعهد، ولذلك قال الله تعالى: ﴿وأَوْفُوا بعهدِ اللَّهِ إذا عاهدتم ولا تَنْقُضُوا الأيمانَ بعد توكيدِها وقد جعلتم﴾[7]، الآية، ولأن عقد اليمين يخرج مخرج التعظيم والتبجيل لله تعالى وجعله مفزعاً إليه ومأمناً عنه فيمتنع أن تجب بالكفارة محواً له وستراً، وتبين بطلان قولهم إن الحالفَ يصير عاصياً بترك الاستثناء في اليمين، لأن الأنبياء صلوات الله عليهم تركوا الاستثناء في اليمين ولم يجز وصفهم بالمعصية فدل أن تركَ الاستثناء في اليمين ليس بحرام، وإن كان تركه في مطلق الوعد منهياً عنه كراهة وذلك والله عز وجل أعلم لوجهين.

أحدهما: أن الوعد إضافة الفعل إلى نفسه بأن يقول افعل غداً كذا، وكل فعل يفعله تحت مشيئة الله تعالى، فإن فعله لا يتحقق لأحد إلا بعد تحقيق الله تعالى منه ولا يتحقق منه الاكتساب لذلك إلا باقداره فيندب إلى قران الإستثناء بالوعد ليوفق على ذلك ويعصم عن الترك وفي اليمين يذكر الاستشهاد باسم الله تعالى على طريق التعظيم وقد استغاث بالله تعالى وإليه فزع فيتحقق التعظيم الذي يحصل به الاستثناء وزيادة، فلا معنى للاستثناء. **الثاني**: أن اليمين شرعت لتأكيد المحلوف عليه خصوصاً في البيعة وقران الاستثناء في مثل ذلك يبطل المعنى الذي وضع له العقد بخلاف الوعد المطلق.

---

(١) سورة هود، الآية: (١١٤).

(٢) سورة الأنبياء، الآية: (٥٧).

(٣) سورة يوسف، الآية: (٨٥).

(٤) سورة ص، الآية: (٢٤).

(٥) أخرجه الشيخان البخاري برقم (٦٦٤٦) ومسلم برقم (١٦٤٦) عن ابن عمر رضي الله عنه مرفوعاً: «ألا إن الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت».

(٦) تقدم من حديث عبد الرحمن بن سمرة عند مسلم برقم (١٦٤٨).

(٧) سورة النحل، الآية: (٩١).

وأما الآية الكريمة فتأويلها من وجهين:

أحدهما: أي يؤاخذكم الله بمحافظة ما عقدتم من الأيمان والوفاء بها، كقوله عز وجل: ﴿ولا تَنقُضُوا الأيمانَ بعدَ تَوكيدها﴾[1]، فإن تركتم ذلك فكفارته كذا، وكذلك قوله: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[2] فتركتم المحافظة، ألا ترى أنه قال عز وجل: ﴿واحْفَظوا أيمانكم﴾[3] والمحافظة تكون بالبر.

والثاني: أن يكون على إضمار الحنث أي ولكن يؤاخذكم بحنثكم فيما عقدتم وكذا في قوله: ﴿ذلك كفارةُ أيمانِكم إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[4] أي إذا حلفتم وحنثتم كما في قوله: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنكم مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذىً مِنْ رأسِهِ ففديةٌ من صيامٍ أو صدقةٍ أو نُسُكٍ﴾[5] معناه فحلف ففدية من صيام، وقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أُحْصِرتُمْ فما اسْتَيْسَرَ مِنَ الهدْى﴾[6] معناه فتحلل، وقوله عز وجل: ﴿فمنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أو عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أيام أُخَرَ﴾[7] أي فأفطر فعدة من أيام أخر، لأن ظاهر الملفوظ وهو القدر الذي هو سبب التخفيف لا يصلح سبباً للوجوب فصار استعمال الرخصة مضمراً فيه كذلك ههنا لا تصلح اليمين التي هيَ تعظيم الرب جل جلاله سبباً لوجوب التكفير فيجب إضمار ما هو صالح وهو الحنث، وأما إضافة الكفارة إلى اليمين فليست للوجوب بها، بل على إرادة الحنث كإضافة كفارة الفطر إلى الصيام وإضافة الدم إلى الحج والسجود إلى السهو، وإن لم يكن ما أضيف إليه سبباً، كذا هذا.

وأما الحديث فقد روي بروايات: روي: «فليأت الذي هو خير، وليكفر يمينه»، وروي «فليكفرْ يمينه وليأتِ الذي هو خير»، وروي «فليأت الذي هو خير ثمّ ليكفر يمينَهُ» وهو على الروايات كلها حجة عليهم لا لهم، لأن الكفارةَ لو كانت واجبة بنفس اليمين، لقال عليه الصلاة والسلام: من حلف على يمين فليكفر من غير التعرض لما وقع عليه اليمين أنه ماذا ولما لزم الحنث إذا كان خيراً ثم بالتكفير فلما خص اليمين على ما كان الحنث خيراً من البر بالنقض والكفارة علم أنها تختص بالحنث دون اليمين نفسها وأنها لا تجب بعقد اليمين دون الحنث.

واختلف في جوازها قبل الحنث، قال أصحابنا: لا يجوز، وقال الشافعي: يجوز التكفير بالمال قبل الحنث، فأما التكفير بالصوم فلا يجوز قبل الحنث بالإجماع، وجه قوله إنه كفر بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كما لو كفر بالمال بعد الجرح قبل الموت.

والدليل على أنه كفر بعد وجود سبب الوجوب أن اليمينَ سبب وجوب الكفارة بدليل أن الكفارة تضاف

(١) سورة النحل، الآية: (٩١).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٤) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٥) سورة البقرة، الآية: (١٩٦).
(٦) سورة البقرة، الآية: (١٩٦).
(٧) سورة البقرة، الآية: (١٩٨).

إلى اليمين، يقال: كفارة اليمين، وقال الله تعالى: ﴿ذَلِكَ كفارةُ أيمانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[(١)]، والحكم إنما يضاف إلى سببه هو الأصل فدل أن اليمين سبب لوجوب الكفارة فكان هذا تكفيراً بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كما في موضع الإجماع.

والدليل على جواز التكفير بالمال قبل الحنث ما روي: «**أنّ رسول الله ﷺ كَفّر قبلَ الحِنث، وذَلِكَ أَنَّه لما رأى حمزة رضي الله عنه سيد الشهداء قد مُثِّلَ وجرح جراحات عظيمة اشتد ذَلِكَ على رسولِ الله ﷺ فأقسمَ أنْ يفعلَ كَذَلِكَ بكذا وكذا من قريش، فنزل النهي عن الوفاء بذلكَ وكَفّر عَنْ يمينِهِ**»[(٢)] وذلك تكفير قبل الحنث، لأن الحنثَ في مثل هذه اليمين لا يتحقق إلا في الوقت الذي لا يحتمل البر فيه حقيقة وذلك عند موته، فدل على جواز التكفير للأمة قبل الحنث إذ هو ﷺ قدوة.

ولنا: أن السبب ما يكون مفضياً إلى المسبب إذ هو في اللغة اسم لما يتوصل به إلى الشيء واليمين مانعة من الحنث لكون الحنث خلفاً في الوعد ونقضاً للعهد، وقد قال الله تعالى: ﴿**وَأَوفوا بعهدِ اللَّهِ إِذَا عَاهدتُّمْ ولا تَنْقُضُوا الأيمانَ بَعْدَ تَوكيدِهَا وَقَدْ جعلتمُ اللَّهَ عليكم كفيلاً إنَّ اللَّهَ يعلمُ ما تفعلونَ ولا تَكُونُوا كالتي نَقَضَتْ غَزْلَهَا من بعد قوةٍ أَنْكَاثاً**﴾[(٣)] ولكونه استخفافاً باسم الله تعالى من حيث الصورة، وكل ذلك مانع من الحنث فكانت اليمين مانعة من الحنث فكانت مانعة من الوجوب إذ الوجوب شرط الحنث بلا خلاف بيننا فكيف يكون سبباً للوجوب ولهذا لم يجز تعجيل التكفير بالصوم كذا بالمال بخلاف التكفير بعد الجرح قبل الموت، لأن الجرح سبب للموت لكونه مفضياً إلى فوات الحياة عادة فكان تكفيراً بعد وجود السبب فجاز.

وأما إضافة الكفارة إلى اليمين فعلى إضمار الحنث فيكون الحنث بعد اليمين سبباً لا قبله والحنث يكون سبباً، والدليل عليه أنه سماه كفارة لقوله عز وجل: ﴿**ذَلِكَ كفارةُ أيمانكم**﴾[(٤)] وهي اسم لما يكفر بالذنب ولا ذنبَ إلا ذنب الحنث، فكان المراد منه إذا حلفتم وحنثتم كما يقرأ ابن مسعود رضي الله عنه.

فإن قيل: الكفارة تجب بنفس اليمين أصل الوجوب لكن يجب أداؤها عند الحنث كالزكاة تجب عند وجود النصاب لكن يجب الأداء عند الحول، وقوله ﷺ: «**لا زكاةَ في مالٍ حتى يحولُ عليهِ الحولُ**»[(٥)] لنفي وجوب الأداء لا لنفي أصل الوجوب، فالجواب أنه لا وجوب إلا وجوب الفعل، فأما وجوب غير الفعل فأمر لا يعقل على ما عرف في موضعه على أنه لو كان كذلك لجاز التكفير بالصوم لأنه صام بعد الوجوب، فعلم أن الوجوب غير ثابت أصلاً ورأساً.

فإن قيل: يجوز أن يسمي كفارة قبل وجوبها كما يسمى ما يعجل من المال زكاة قبل الحول وكما يسمى

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٢) أخرجه ابن سعد والبزار وابن المنذر والبيهقي عن أبي هريرة وأخرجه المنذر والطبراني والبيهقي عن ابن عباس كما في «**السيرة الشامية**» (٤/٣٢٨).

(٣) سورة النحل، الآية: (٩١).

(٤) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٥) أخرجه الدارقطني في «**سننه**» عن ابن عمر مرفوعاً ورواه أيضاً الدارقطني مرفوعاً في «**غرائب مالك**» قال: الصواب موقوف انظر «**نصب الراية**» (٢/٣٢٩ _ ٣٣٠).

المعجل كفارة بعد الجراحة قبل الموت فلا حاجة إلى الحنث في جوازها، فالجواب أنه لا خلاف في أن الكفارة الحقيقية وهي الكفارة الواجبة بعد الحنث مرادة بالآية، فامتنع أن يرادَ بها ما يسمى كفارة مجازاً لعرضية الوجوب لاستحالة كون اللفظ الواحد منتظماً الحقيقة والمجاز.

وأما تكفير النبي ﷺ فنقول ذلك في المعنى كان تكفيراً بعد الحنث، لأنه تكفير بعد العجز عن تحصيل البر فيكون تكفيراً بعد الحنث من حيث المعنى كمن حلف لآتين البصرة فمات يلزمه الكفارة لتحقق العجز بالموت، وبيان ذلك أن النبي ﷺ معصوم عن المعصية والوفاء بتلك اليمين معصية إذ هو نُهِيَ عن ذلك فكانت يمينه قبل النهي عن الذي حلف عليه فكانت منعقدة على فعل مباح، ولما نُهِيَ ﷺ عن تحصيل ذلك الفعل وصار ذلك معصية صار إنشاء وعاجزاً عن البر فصار حانثاً، وإن كان ذلك الفعل ممكن الوجود في نفسه فكان وقت يأسه وقت النهي لا وقت الموت، أما في حق غير النبي ﷺ وقت اليأس والعجز حقيقة هو وقت الموت إذ غير النبي ﷺ غير معصوم عن المعاصي فلا يتحقق العجز لتصور وجود البر مع وصف العصيان فهو الفرق والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان أن اليمين بالله عز وجل على نية الحالف أو المستحلف فقد روي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال اليمين على نية الحالف إذا كان مظلوماً، وإن كان ظالماً فعلى نية المستحلف.

وذكر الكرخي إن هذا قول أصحابنا جميعاً، وذكر القدوري أنه إن أرادَ به اليمين على الماضي فهو صحيح، لأن المؤاخذة في اليمين على الماضي بالإثم فمتى كان الحالف ظالماً كان آثماً في يمينه، وإن نوى به غير ما حلف عليه، لأنه يتوصل باليمين إلى ظلم غيره.

وقد رَوَى أبو أمامة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَن اقْتَطَعَ حقَّ امرىءٍ مسلم بيمينه حرَّمَ اللَّهُ عليه الجنةَ وأوجبَ عليه النارَ قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً، قال ﷺ وإن كانَ قضيباً مِن أراك قالَها ثَلاثاً**»[1].

ورُوِيَ عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ حَلَفَ عَلَى يمينٍ وهو فِيها فاجرٌ لِيَقْتَطِعَ بها مالَ امرىءٍ مسلمٍ لَقِيَ اللَّهَ تعالى وهو عليهِ غَضْبان**»[2].

وأما إذا كان مظلوماً فهو لا يقتطع بيمينه حقاً فلا يأثم، وإن نوى غير الظاهر قال وأما اليمين على المستقبل إذا قصد بها الحالف معنى دون معنى فهو على نيته دون نية المستحلف لأنه عقد وهو العاقد فينعقد على ما عقده.

فصل: وأما اليمين بغير الله عز وجل فهي في الأصل نوعان:

أحدهما: ما ذكرنا وهو اليمين بالآباء والأبناء والأنبياء والملائكة صلوات الله عليهم والصوم والصلاة وسائر الشرائع والكعبة والحرم وزمزم والقبر والمنبر ونحو ذلك، ولا يجوز الحلف بشيء من ذلك لما ذكرنا.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إِذَا حَلفتم فاحْلِفُوا بالله»[1] ولو حلف بذلك لا يعتد به ولا حكم له أصلاً.

والثاني: بالشرط والجزاء وهذا النوع ينقسم إلى قسمين: بيمين بالقُرَبِ ويمين بغير القُرَبِ.

أما اليمين بالقُرَبِ فهي أن يقول: إن فعلت كذا فعلي صلاة أو صوم أو حجة أو عمرة أو بدنة أو هدي أو عتق رقبة أو صدقة ونحو ذلك، وقد اختلف في حكم هذه اليمين أنه هل يجب الوفاء بالمسمى بحيث لا يخرج عن عهدته إلا به أو يخرج عنها بالكفارة مع الاتفاق على أنها يمين حقيقة حتى أنه لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث بلا خلاف لوجود ركن اليمين وهو ما ذكره، ووجود معنى اليمين أيضاً وهو القوة على الامتناع من تحصيل الشرط خوفاً من لزوم المذكور ونذكر حكم هذا النوع إن شاء الله في كتاب النذر، لأن هذا التصرف يسمى أيضاً نذراً معلقاً بالشرط لوجود معنى النذر وهو التزامه القربة عند وجود الشرط.

وأما اليمين بغير القرب فهي الحلف بالطلاق والعتاق فلا بد من بيان ركنه وبيان شرائط الركن، وبيان حكمه، وبيان ما يبطل به الركن.

أما الركن فهو ذكر شرط وجزاء مربوط بالشرط معلق به في قدر الحاجة إلى معرفة المسمى بالشرط والجزاء ومعرفة معناهما.

أما المسمى بالشرط فما دخل فيه حرف من حروف الشرط، وهي إن وإذا وإذا ما ومتى ومتى ما ومهما وأشياء أخر ذكرها أهل النحو واللغة، وأصل حروفه إنْ الخفيفة وغيرها داخل عليها لأنها لا تستعمل إلا في الشرط وما سواها من الحروف يستعمل فيه وفي غيره وهو الوقت وهذا أمارة الأصالة والتبعية.

وذكر الكرخي مع هذه الحروف كلما وَعَدَّهَا من حروف الشرط وإنها ليست بشرط في الحقيقة، فإن أهلَ اللغة لم يعدوها من حروف الشرط لكن فيها معنى الشرط وهو توقف الحكم على وجود ما دخلت عليه لذلك سماه شرطاً وفي قوله: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وقوله: كل عبد اشتريته فهو حر إنما توقف الطلاق والعتاق على الزواج والشراء لا على طريق التعليق بالشرط، بل لأنه أوقع الطلاق والعتاق على امرأة متصفة بأنه تزوجها وعلى عبد متصف بأنه اشتراه ويحصل الاتصاف بذلك عند التزوج والشراء، وأما معنى الشرط فهو العلامة ومنه أشراط الساعة أي علاماتها ومنه الشرطي والشراط والمشرط فسمى ما جعله الحالف علماً لنزول الجزاء شرطاً حتى لو ذكره لمقصود آخر لا يكون شرطاً على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

وأما المسمى بالجزاء فما دخل فيه حرف التعليق وهي حرف الفاء إذا كان متأخراً في الذكر عن الشرط، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، فأما إذا كان الجزاء متقدماً فلا حاجة إلى حرف الفاء بل يتعلق بالشرط بدون حرف التعليق، لأنه قد يعقب قوله أنت طالق ما يُبَيِّن أنه يمين فيخرج به من أن يكون تطليقاً إلى كونه يميناً وتعليقاً فلا حاجة في مثل هذا إلى حرف التعليق، بخلاف حروف الشرط فإنها لازمة للشرط سواء تقدم ذكرها على الجزاء أو تأخر وإنما اختصت الفاء بالجزاء، لأنها حرف يقتضي التعقيب من غير تراخي كقول

(١) تقدم تخريجه.

القائل جاءني زيد فعمرو، والجزاء يتعقب الشرطَ بلا تراخي.

وأما معنى الجزاء فجزاء الشرط ما علق بالشرط ثم قد يكون مانعاً من تحصيل الشرط إذا كان الشرط مرغوباً عنه لوقاحة عاقبته وقد يكون حاملاً على تحصيله لحسن عاقبته لكن الحملَ والمنعَ من الأغراض المطلوبة من اليمين ومن ثمراتها بمنزلة الربح بالبيع، والولد بالنكاح فانعدامهما لا يخرج التصرف عن كونه يميناً كانعدام الربح في البيع والولد في النكاح، لأن وجودَ التصرف بوجود ركنه لا لحصول المقصود منه كوجود البيع والنكاح وغيرهما وركن اليمين هما الشرط والجزاء، فإذا وجد كان التصرف يميناً، ولأن المرجعَ في معرفة الأسامي إلى أهل اللغة وإنهم يسمون الشرط والجزاء يميناً من غير مراعاة معنى الحمل والمنع دل أنَّ ذلك ليس بشرط لوقوع التصرف يميناً.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا قال لامرأته إن دخلت الدارَ فأنت طالق، أو قال لعبده: إن دخلت الدارَ فأنت حر، أو قال إذا أو إذا ما أو متى أو متى ما أو حيثما أو مهما كان يميناً لوجود الشرط والجزاء حتى لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث، ولو قال: أنت طالق غداً أو رأسَ شهر كذا لا يكون يميناً لإنعدام حروف الشرط بل هو إضافة الطلاق إلى الغد والشهر، لأنه جعل الغدَ والشهرَ ظرفاً لوقوع الطلاق، لأن معناه في غد وفي شهر ولا يكون ذلك ظرفاً لوقوع الطلاق إلا بوقوع الطلاق.

ولو قال: إذا جاء غد فأنت طالق، أو قال إذا مضى غد أو إذا جاء رمضان أو إذا ذهب رمضان أو إذا طلعت الشمسُ أو غربت كان يميناً عند أصحابنا، وعند الشافعي[1]: لا يكون يميناً لانعدام معنى اليمين وهو المنع أو الحمل إذ لا يقدر الحالف على الإمتناع من مجيء الغد ولا على الإتيان به فلم يكن يميناً بخلاف دخول الدار وكلام زيد، ولأن الشرط ما في وجوده في المستقبل خطر وهو أن يكون فيما يجوز أن يوجد، ويجوز أن لا يوجد والغد يأتي لا محالة فلا يصلح شرطاً فلم يكن يميناً.

ولنا: أنه وجد ذكر شرط وجزاء معلق بالشرط فكان يميناً ومعنى المنع أو الحمل من أعراض اليمين وثمراتها وحقائق الأسامي تتبع حصول المسميات بذواتها، وذلك بأركانها لا بمقاصدها المطلوبة منها على ما بينا والله عز وجل الموفق وأما قوله إن الشرط ما في وجوده في المستقبل خطر، وهو أن يكون مما يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد، والغد يأتي لا محالة، فالجواب عنه من وجهين: أحدهما ممنوع أن هذا من شرط كونه شرطاً بل من شرط أن يكون جائز الوجود في المستقبل، ونعني به أن لا يكون مستحيل الوجود، وقد وجد ههنا، فكان التصرف يميناً على أن جواز العدم إن كان شرطاً فهو موجود ههنا، لأن مجيء الغد ونحوه ليس مستحيل العدم حقيقة لجواز قيام الساعة في كل لمحة، كما قال تعالى: ﴿وما أمْرُ السَّاعةِ إلا كلمحِ البَصَرِ أو هوَ أقربُ﴾[2] وهذا لأن الساعة وإن كان لها شرائط لا تقوم إلا بعد وجودها، ولم يوجد شيء من ذلك في يومنا هذا فيقع الأمنُ عن قيام الساعة قبل مجيء الغد ونحو ذلك، لكن هذا يوجب الأمن عن القيام إما لا يمنع تصور القيام في نفسه لأن خبر الصادق عن إمرتـه لا يوجد يقتضي أنه لا يوجد، أما لا

(١) انظر «الأم» (٧/ ٦٢).

(٢) سورة النحل، الآية: (٧٧).

يقتضي أن لا يتصور وجوده في نفسه حقيقة ولهذا قلنا إن خلاف المعلوم مقدور العبد حتى يتعلق به التكليف وإن كان لا يوجد، فكان مجيء الغد جائزَ العدم في نفسه لا مستحيلَ العدم، فكان شرط كونه شرطاً وهو جواز العدم حقيقةً موجوداً فكان يميناً.

ولو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت أو أردت أو أحببت أو رضيت أو هويت لم يكن يميناً حتى لو كان حلف لا يحلف لا يحنث بهذه المقالة لما ذكرنا أن الشرط معناه العلامة؛ وهو ما جعله الحالف علماً لنزول الجزاء، والحالف ههنا ماجعل قوله إن شئت علماً لوقوع الطلاق بل جعله لتمليك الطلاق منها، كأنه قال ملكتك طلاقك، أو قال لها اختاري أو أمرك بيدك. ألا ترى أنه اقتصر على المجلس، وما جعل علماً لوقوع الطلاق لا يقتصر على المجلس، كقوله أنت طالق إن دخلت الدار، أو إن كلمت فلاناً، وهذا لأن العلم المحض ما يدل على حصول الطلاق فحسب.

فأما ما يتعلق وجوده به فإنه لا يكون علماً بل يكون علة لحصوله، والمشيئة مما يحصل به الطلاق، بدليل أن الزوج لو قال لزوجته: إن شئت طلاقك فطلقي، وإذا لم يوجد معنى الشرط لم تكن المشيئة المذكورة شرطاً فلم يوجد أحد ركني اليمين وهو الشرط فلم توجد اليمين فلا يحنث، وكذلك لو قال لها:أنت طالق إن شئتُ أنا لم يكن يميناً حتى لا يحنث في يمينه إذا حلف لا يحلف، ولو قال لها: إذا حضت وطهرت فأنت طالق لم يكن يميناً، لأن الحالف ما جعل هذا الشرط علماً لنزول الجزاء بل جعله إيقاع الطلاق على وجه السنة لأن مثل هذا الكلام يذكر عادة كأنه قال أنت طالق للسنة، وكذا إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق لأن الحيضة اسم للكامل فصار بمنزلة قوله إذا حضت وطهرت فأنت طالق وما زاد على هذا يعرف في «**الجامع**».

ولو حلف لا يحلف فقال كل امرأة لي تدخل هذه الدار فهي طالق أو قال لامرأته: كلما دخلت هذه الدار فأنت طالق يحنث لا لوجود تعليق الطلاق بالدخول لتعذر التعليق لانعدام حرفه بل لضرورة وجود الاتصاف على ما بينا، والتعليق بالدخول ظرف في وجود الاتصاف فصار من حيث أنه تعلق به بواسطة الاتصاف شبيه الشرط لا أن يكونَ شرطاً، ثم في كلمة كل إذا دخلت مرة فطلقت ثم دخلت ثانياً لم تطلق وفي كلمة كلما تطلق في كل مرة تدخل، وإنما كان كذلك لأن كلمة كل كلمة عموم وإحاطة لما دخلت عليه، وفي المسألة الأولى دخلت في العين وهي المرأة لا في الفعل وهو الدخول، فإذا دخلت مرة فقد انحلت اليمين فلا يحنث بدخولها ثانياً.

وأما في المسألة الثانية فإنما دخلت الكلمة على فعل الدخول لأن كلمةَ ما ترجع مع ما بعدها من الفعل مصدراً لغة، يقال بلغني ما قلت وأعجبني ما صنعت، أي قولك وصنعك، فصارت الكلمة داخلة على المصدر لا على من وقع عليه المصدر فيقتضي تعميم المصدر. قال الله تعالى: ﴿**كُلَّما نَضِجَتْ جلودُهم بدَّلنَاهُمْ جُلُوداً غيرَها**﴾[1]، يتجدد التبدل عند تجدد النضج. وإن كان المحل متحداً فصار الطلاق متعلقاً بكل دخول، وقد وجد الدخول في المرة الثانية والثالثة فطلقت ثلاثاً فلو أنها تزوجت بزوج آخر بعد ذلك ثم

---

(١) سورة النساء، الآية: (٥٦).

تزوجها الأول فدخلت الدارَ لا يقع الطلاق عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر، وسنذكر المسألةَ في كتاب الطلاق.

ولو عقد اليمين على التزوج بكلمة كلما فطلقت ثلاثاً بكل تزوج ثم تزوجها بعد زوج آخر طلقت لأنه أضاف الطلاق إلى الملك، والطلاق المضاف إلى الملك يتعلق بوجود الملك بخلاف الدخول.

ولو قال لأمرأته أنت طالق لو دخلت الدار كان يميناً، كما لو قال إن دخلت الدارَ وإذا دخلت، لأن كلمة لو تذكر لتوقف المذكور على وجود ما دخلت عليه، قال الله تعالى: ﴿ولو كنتَ فظّاً غليظَ القلبِ لانْفَضُّوا من حولِك﴾[1] وقال عز وجل: ﴿ولو رُدُّوا لعَادُوا لِما نُهُوا عنه﴾[2] فكانت في معنى الشرط لتوقف الجزاء على وجود الشرط، وإن لم يكن شرطاً حقيقة.

ولو قال: أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك لم يكن يميناً ويقع الطلاق الساعة، لأن لو ما دخلت على الطلاق وإنما دخلت على ترقب الرجعة فيقع الطلاق في الحال، كما لو قال أنت طالق إن حسن خلقك راجعتك. وكذلك لو قال أنت طالق لو قدم أبوك راجعتك، كما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار راجعتك، وهذا كله ليس بيمين بل هو عدة.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته: أنتِ طالق لو دخلت الدار لطلقتك، لم تطلق الساعة، وإن دخلت الدار لم تطلق حتى يطلقها، فإن لم يطلقها طلقت قبل موته أو موتها بلا فصل، لأن هذا رجل حلف بطلاق امرأته لطلقها إذا دخلت الدار فإن لم يطلق فهي طالق، كأنه قال لأطلقنك إذا دخلت الدارَ فإن دخلت الدارَ فلم أطلقك فأنت طالق. ولو قال ذلك لا تطلق للحال، وإذا دخلت الدارَ ولم يطلقها حتى ماتت أو مات طلقت في آخر جزء من أجزاء حياته لفوات شرط البر في ذلك الوقت فيقع الطلاق ذلك الوقت كما لو قال لها أنت طالق إن لم آت البصرة فمات قبل أن يأتيها كذا هذا. ونظيره إذا قال لامرأته عبدي حر لو دخلت الدارَ لأضربنك، إذ معناه لأضربنك إذا دخلت الدار، فإن دخلت ولم أضربك فعبدي حر، والله عز وجل الموفق.

وروى المعلى عن محمد: إذا قال لامرأته: أنت طالق لولا دخولك الدارَ، أو أنت طالق لولا مهرك عليّ، أو أنت طالق لولا شرفك، فهذا كله استثناء ولا يقع عليها الطلاق، ومعناه أنه في معنى الاستثناء من حيث أنه يمنع وقوع الطلاق كالاستثناء يمنع ثبوت الحكم في المستثنى، والأصل أن هذه الكلمة تستعمل في امتناع الشيء لوجود غيره. قال الله عز وجل: ﴿ولولا أنْ يَكُونَ الناسُ أمةً واحدةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكفُرُ بالرحمنِ لبُيُوتِهِمْ سُقُفاً من فضةٍ ومعارجَ عليها يَظْهَرُون﴾[3] الآية. وقال سبحانه وتعالى: ﴿ولَوْلاَ رَهْطُك لرَجَمْنَاكَ﴾[4] ويقال في العرف: لولا المطر لجئتك، فصار معنى هذا الكلام لولا دخولك الدارَ لطلقتك، فلا يقع عليها الطلاق وكذلك لو قال طلقتك لولا دخولك الدارَ، وكذلك لو قال لولا دخولك الدارَ قد طلقتك أمسِ.

---

(١) سورة آل عمران، الآية: (١٥٩).

(٢) سورة الأنعام، الآية: (٢٨).

(٣) سورة الزخرف، الآية: (٣٣).

(٤) سورة هود، الآية: (٩١).

وكذلك لو كان مكان قد لقد في هذه الوجوه كلها وكذلك لو قال أنت طالق أمسِ لولا دخولك الدارَ أي لولاَ دخولَكِ الدار أمسِ لطلقتك.

وقال ابن سماعة سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدارَ، فهذا يخبر أنه دخل الدارَ وأكد ذلك باليمين، كأنه قال أنت طالق إن لم أكن دخلتُ الدارَ، فإن كان لم يدخل طلقت وإن كان دخل لم تطلق لأن هذا ليس بشرط بل هو خبر عن الماضي أكده باليمين، فإن كان كاذباً طلقت وإن كان صادقاً لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق لا دخلت الدارَ فهذا مثل قوله أنت طالق إن دخلت الدار فلا تطلق حتى تدخل، لأن لا حرف نفي أكده بالحلف فكأنه نفى دخولها، وأكد ذلك بتعليق الطلاق بدخولها. ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار فإنها تطلق الساعة، لأن قوله دخلت ليس بتعليق بل هو إخبار عن دخولها الدار، كأنه جعل الدخول علة لكنه حذف حرف العلة، وسواء كانت دخلت الدارَ أو لم تدخل يقع الطلاق، لأن التعليلَ بعلة لم توجد لا يمنع وقوعَ الطلاق، لأن العلةَ لم تصح وبقي الإيقاع صحيحاً.

وروى ابن سماعة عن محمد: في رجل قال لامرأته أنت طالق، وإن دخلت الدارَ فهي طالق الساعةَ لما يذكر.

ولو قال: أنت طالق الساعةَ وإن دخلت الدارَ كانت طالقاً الساعةَ واحدةً، وإن دخلت الدارَ أخرى لأنه طلقها تطليقة الساعةَ وعطف الشرطَ عليها بلا جزاء، فيضمن فيه الجزاء فيصير كأنه قال:أنت طالق الساعةَ وطالق إن دخلت الدارَ، فيقع في الحال واحدةٌ وبعد الدخول أخرى. ولو قال: أنت طالق لدخولك الدار فهي طالق الساعةَ واحدةً لأنه أوقع الطلاق ثم جعل الدخولَ المتقدمَ عليه علةً لإيقاع الطلاق، ومن أوقع الطلاق لعلة وقع وُجِدَت العلة أو لم توجد لما بينا، وكذلك لو قال أنت طالق لحيضتك لما قلنا. ولو قال: بحيضتك أو في حيضتك أو بدخولك الدارَ أو في دخولك الدارَ لم تطلق حتى تحيضَ أو تدخلَ، لأن الباءَ حرف الصَاقِ فيقتضي الْصَاقَ الطلاق بالحيضة والدخولِ فيتعلق بهما، وفي كلمة ظرف دخلت على ما لا يصلح ظرفاً فتجعل شرطاً لمناسبة بينهما نذكرها في كتاب الطلاق.

وذكر محمد في «**الجامع**»: إذا قال لامرأته إن دخلت الدارَ أنتِ طالق، تطلق في القضاء حين تكلمه به.

وجملة الكلام في هذا أنّ الأمر لا يخلو إما إن قدم الشرط أو إما إن أخر، فإن قدم فهو على أربعة أوجه، أما إن قال إن دخلت الدارَ فأنت طالق، أو قال إن دَخلت الدارَ أنت طالق، أو قال إن دخلت الدارَ وأنت طالق، أو قال وإن دخلت الدارَ أنت طالق، وإن أخر الشرط فهو على ثلاثة أوجه: أما إن قال أنت طالق إن دخلتِ الدارَ، أو قال أنت طالق وإن دخلتِ الدارَ، أو قال أنت طالق فإن دخلتِ الدارَ، فإن قال إن دخلت الدارَ أنت طالق.فالجواب ما ذكره محمد أنها تطلق في القضاء حين تكلم به، لأنه ما علق الطلاق لانعدام حرف التعليق وهو حرف الفاء وكان تنجيزاً لا تعليقاً، وإن عنى به التعليق دين فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه عنى ما يحتمله كلامه نحو إضمار حرف الفاء في الجزاء. قال الشاعر:

مـــن يفعـــل الحسنـــاتِ اللّـــهُ يشكـــرُهـــا والشـــرّ بـــالشـــرِ عنـــد اللّـــهِ مِثْـــلانِ[1]

أي فالله يشكرها ولا يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنها لا تطلق حتى تدخلَ الدارَ.

ووجهه: كأنَّ المراد أن يحذف حرف الجزاء تصحيحاً للشرط، إذ لو لم يحذف للغا. ولو قال إن دخلت الدارَ وأنت طالق تطلق للحال لإنعدام حرف التعليق، والواو غير موضوعة للتعليق. ولو عنى به التعليقَ لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى ما لا يحتمله كلامه، لأن الواو لا تحتمل التعليق، ولو أدرج فيه الفاء يصير تقدير كلامه أنت دخلت الدارَ فو أنت طالق، وهذا لغو، ولو قدم وأخر لا يستقيم أيضاً، لأنه يصير كأنه قال: وأنت طالق إن دخلت الدارَ، والواو لا يبتدأ بها، وما يذكره أهل اللغة أن الواو قد تكون للاستئناف فمرادهم أن يبتدأ كلام بعد تقدم جملة مفيدة من غير أن تكون الجملة الثانية تشارك الأولى، فأما ابتداء الكلام من غير أن يتقدمه شيء بالواو فغير موجود ولا جائز، وإن قال وإن دخلت الدارَ أنت طالق طلقت للحال لانعدام دلالة التعليق وحرفه، على أن الواوَ في مثل هذا تذكر للتحقيق، كما يقال: لا تسافِرَنَّ وإن كان الطريق مخوفاً. ولو نوى التعليق لا يصدقه القاضي لأنه عدول عن الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه لأنه نوى إضمار حرف الفاء فصار كأنه قال: وإن دخلت الدارَ فأنت طالق وتلغو الواو، هذا إذا قدم الشرط، فأما إذا أخر فقال أنت طالق إن دخلت الدارَ لا تطلق ما لم تدخل الدارَ لأنه عقب الإيجاب بما أخرجه عن كونه إيجاباً إلى كونه يميناً فلا حاجة في مثل هذا إلى حرف التعليق.

ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار، فهي طالق حين تكلم به، لأن هذا يوجب التأكيد على ما بينا. يدل عليه قوله ﷺ: «مَنْ قالَ لا إلهَ إلا اللّهُ دخلَ الجنةَ وإنْ زَنَا وإنْ سَرقَ»[2].

ولو قال: عنيت به التعليق لا يصدق في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى لما ذكرنا أن الواو لا تحتمل التعليق. وذكر الكرخي: أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأن الواو تجعل زائدة، كما في قوله تعالى: ﴿حتى إذا فُتِحَتْ يَأجُوجُ﴾[3] إلى قوله: ﴿واقتربَ الوعدُ﴾[4] قيل: معناه اقترب الوعد، والواو زيادة، لأن قوله اقترب جواب حتى إذا.

---

(١) البيت لعبد الرحمن بن حسان بن ثابت شاعر كأبيه، سكن المدينة ومات حوالي (١٠٤هـ).
وينسب أيضاً لأبيه وليس في ديوانه، ولكعب بن مالك وهو في «كتاب سيبويه» (١/ ٤٣٥) و «الخزانة» (٣/ ٦٤٤ و ٦٥٥ و ٤/ ٥٤٧) وفي «المغني» برقم (٨٥ و١٤٥ و٢٣٨ و ٢٩٦ و ٤٢٦ و ٧٨٤ و ٧٨٧ و ٩٠٨ و ١٠٧٦ و ١١٠٦).

(٢) أخرجه البخاري في «الصحيح» باب الاستقراض باب أداء الديون (٢٣٨٨) وكتاب الاستئذان باب من أجاب بليل (٦٢٦٨).
وفي الرقاق باب قول النبي ﷺ: «ما يسرني أن عندي مثل أحد ذهباً» ومسلم في «صحيحه» في كتاب الزكاة باب الترغيب في الصدقة.
ومسلم في «صحيحه» في كتاب الإيمان باب من مات لايشرك بالله شيئاً دخل الجنة.
وابن حبان في «صحيحه» كتاب الإيمان باب فرض الإيمان (١/ ١٦٩).

(٣) سورة الأنبياء، الآية: (٩٦).

(٤) سورة الأنبياء، الآية: (٩٧).

والجواب: عن هذا أن الواو في كلام العرب لم تجيء زائدة في موضع تصلح للعطف أو للتحقيق فلا يمكن أن تجعل ههنا زائدة، على أنا نقول إن كثيراً من محققي أهل اللغة جعل الواو زائدةً في موضع ما، وكانوا يقولون تقدير الآية عندهم حتى إذا فتحت يأجوج ومأجوج وهم من كل حدب ينسلون فتحت واقترب الوعد فكانت الواو للعطف على الجواب المضمر.

ولو قال أنت طالق فإن دخلت الدارَ لا رواية لهذا قالوا: ولقائل أن يقولَ تطلق للحال، لأن الفاء صارت فاصلة لأنها كانت لغواً واللغو من الكلام يجعل بمنزلة السكوت، ولقائل أن يقولَ يتعلق الطلاق بالدخول، لأن الفاء وإن كان مستغنى عنها في الحال إلا أنها في الجملة حرف تعليق فلا يجوز أن تجعلَ مانعة من التعليق موجهة للانفصال.

ولو قال: أنتِ طالق إن ولم يذكر فعلاً هل يتعلق أم لا ؟ذكرهذه المسألة في ظاهر الرواية.

وذكر في «**النوادر**» على قول محمد يقع الطلاق للحال لأنه لم يذكر ما يتعلق به وعلى قول أبـي يوسف لا يقع الطلاق للحال لأنه لما ذكر حرف الشرط علم أنه لم يرد به التطليق وإنما أراد به اليمينَ والتعليقَ والله عز وجل أعلم.

ولو قال لامرأته: أنت طالق في الدار أو في مكةَ فالأَصْلُ فيه أنَّ كلمة في كلمة ظرف فإن دخلت على ما يصلح ظرفاً تجري على حقيقتها، وإن دخلت على ما لا يصلح ظرفاً تجعل مجازاً عن الشرط لمناسبة بين الظرف وبين الشرط ثم الظرف نوعان: ظرف زمان وظرف مكان، فإن دخلت على المكان وقع الطلاق في ذلك المكان وفي غيره بأن قال لامرأته أنت طالق في الدار أو في مكةَ وقع الطلاق، وإن لم تكن المرأة في الدار ولا في مكة، لأَنَّ الطلاقَ لا يختص بمكان دون مكان فإذا وقع في مكان وقع في الأماكن كلها، وإن دخلت على الزمان، فإن كان ماضياً يقع الطلاق في الحال نحو أن يقولَ أنت طالقَ في الأمسِ أو في العام الماضِي لأنَّ إنشاء الطلاق في الزمان الماضي لا يتصور فيجعل إخباراً أو تلغو الإضافة إلى الماضي ويبقى قوله أنت طالق فيقع في الحال.

وكذلك إذا كان حاضراً بأن قال أنت طالق في هذا الوقت أو في هذه الساعة يقع في الحال، وإن كان مستقبلاً لا يقع حتى يأتي بأن قال أنت طالق في غد أو في الشهر الآتي، لأنَّ الطلاقَ يحتمل الاختصاصَ بوقت دون وقت فإذا جعل الغد ظرفاً له لا يقع قبله.

ولو قال: أنت طالق في دخولك الدار أو في قيامك أو في قعودك يتعلق بهذه الأفعال، لأن الفعل لا يصلح ظرفاً ويصلح شرطاً فتحمل الكلمةُ على الشرط مجازاً وكذا لو قال أنت طالق في ذهابك إلى مكةَ لأن الذهابَ فِعْلٌ، وكذا إذا قال بذهابك، لأن الباء حرف إِلْصَاقٍ فيقتضي إِلْصَاقَ الطلاقِ بالذهابِ وذلك بتعليقه به فيتعلق به.

ولو قال: أنت طالق في الشمس وهي في الظل كانت طالقاً، لأن الشمس لا تصلح ظرفاً للطلاق ولا شرطاً له، فإما أن تلغو أو يراد بها مكان الشمس والطلاقُ لا يحتملُ التخصيصَ بمكان دون مكان.

ولو قال: أنت طالق في صومك كانت طالقاً حين يطلع الفجر إذا نوت الصوم لأن الصوم فعل وهو الإمساك وإنه لا يصلح ظرفاً فتُجعل الكلمةُ مجازاً عن الشرط والفعل يصلح شرطاً، فإذا وُجِدَ في أول الجزء مع النية في وقته من أهله فقد وجد الصوم الشرعي فوجد الشرط فيقع الطلاق.

ولو قال: أنت طالق في صلاتك لم تطلق حتى تركع وتسجد سجدة لأن الصلاةَ فعل أيضاً فلا تصلح ظرفاً كالصوم إلا أنها اسم لأفعالٍ مختلفةٍ من القيام والقراءة والركوع والسجود والمتركب من أشياء مختلفة لا ينطلق عليه الاسم بوجود بعضها كالأبلق المتركب من السواد والبياض، والسكنجبين: المتركب عن السكر والخل ونحو ذلك فما لم توجد الأفعال التي وصفنا لا ينطلق عليها اسم فعل الصلاة فلا يحنث بنفس الشروع بخلاف الصوم فإنه اسم لأفعال متفقة الأجزاء وهي الإمساكات وما تركب من أجزاء متفقة متجانسة ينطلق اسم كله على بعضه لغة كاسم الماء أنه كما ينطلق على ماء البحر ينطلق على قطرة منه فكان الإمساك في أول النهار إمساكاً حقيقة فيقع الطلاق بمجرد الشروع فهو الفرق بينهما.

ولو قال: أنت طالق في حيضك أو في طهرك، فإن كان موجوداً وقع وإلا فلا يقع ويتوقف على وجوده، لأن المراد منه وقت الحيض والطهر، أي في الوقت الذي تكونين حائضاً أو طاهرة فيه، ونظير هذه المسائل ما ذكره محمد في الجامع إذا قال أنت طالق في ثلاثة أيام طلقت حين تكلم به.

ولو قال: أنت طالق في أكلك هذا الرغيفَ لا يقع الطلاق ما لم تفرغ من أكل جميع الرغيف.

والفرق: أن في المسألة الأولى دخلت كلمة الظرف على الزمان وهو يصلح ظرفاً فجعل جميع الوقت ظرفاً لكونها طالقاً ولا يكون كذلك إلا إذا كان وقع الطلاق في أوله، وفي الثانية علق الطلاق بفعل الأكل، لأن الفعل لا يصلح ظرفاً ويصلح شرطاً فصار مُعَلِّقاً الطلاقَ بفعل الأكل، والمعلق بالشرط لا ينزل ما لم ينزل كمال شرطه، وما يقوله مشايخنا إن الطلاقَ متى أضيف إلى وقت ممتد يقع عند أوله ومتى علق بفعل ممتد يقع عند آخره هذا صورته وعلته.

ولو قال لها: أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام فإن قال ذلك ليلاً فكما طلع الفجر من اليوم الثالث يقع الطلاق، لأنه علق الطلاق بمجيء ثلاثة أيام ولا يوجد ذلك إلا بمجيء كل واحد منها ومجيء اليوم يكون بطلوع الفجر، ولو قال ذلك في ضحوة من يوم حلف فإنما يقع الطلاق عند وجود طلوع الفجر من اليوم الرابع، لأن اليومَ الذي حلف فيه لم يكن معتبر التقدم مجيئه على الشرط والشيء يتعلق بما يجيء لا بما مضى.

ولو قال: أنت طالق في مضيّ ثلاثة أيام إن قال ذلك ليلاً لا يقع الطلاق ما لم تغرب الشمس من اليوم الثالث، لأن مضي الشيء يكون بانقضاء جزئه الأخير فمضي الأيام يكون بانقضاء الجزء الأخير منها وذلك يوجد في هذه الساعة، وإن قال ذلك في وقت ضحوة من النهار لا تطلق حتى يجيء تلك الساعةُ من اليوم الرابع لأنه به يتم مضي ثلاثة أيام بالساعات فالعبرة في المضي به لا للأيام الكاملة وفي المجيء لأوائلها هذا هو المتعارف.

ولو قال: إن شتمتك في المسجد فعبدي حر فإنه يعتبر في هذا كون الشاتم في المسجد حتى يحنث سواء كان المشتوم في المسجد أو غيره.

ولو قال: إن ضربتك أو قتلتك في المسجد يعتبر فيه مكان المضروب والمقتول إن كان في المسجد حنث وإلا فلا، والأصل فيه: أن كل فعل له أثر في المفعول يعتبر فيه مكان المفعول وما لا أثر له يظهر في المفعول لا يعتبر فيه مكانه بل مكان الفاعل وعلة هذا الأصل تذكر في «**الجامع**» إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع إلى الحالف وبعضها يرجع إلى المحلوف عليه وهو الشرط، وبعضها يرجع إلى المحل المحلوف بطلاقه وعتاقه وبعضها يرجع إلى نفس الركن. أما الذي يرجع إلى الحالف فما ذكرنا في الطلاق والعتاق وكلما هو شرط جواز الطلاق والعتاق فهو شرط انعقاد اليمين بهما وما لا فلا، وسنبين جملة ذلك في كتاب الطلاق والعتاق.

وأما الذي يرجع إلى المحلوف عليه وهو الشرط، فمنها أن يكون أمراً في المستقبل فلا يكون التعليق بأمر كائن يميناً بل يكون تنجيزاً، حتى لو قال لامرأته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا يقع الطلاق في الحال، وعلى هذا يخرج ما إذا قال لامرأته وهي حائض أو مريضة إذا حضت أو مرضت فأنت طالق أنّ ذلك على حيض مستقبل ومرض مستقبل، وهو حيض آخر يوجد في المستقبل أو مرض آخر لا على الحال، فإن عُيِّنَتْ ما يحدث من هذا الحيض وما يزيد من هذا المرض فهو كما نوى، لأن الحيضَ ذو أجزاء تحدث حالاً فحالاً، وكذلك المرض يزداد ويكون ذلك حيضاً ومرضاً، فإذا نوى ذلك فقد نوى ما يحتمله لفظه فيصدق.

فإن قال: فإن حضت غداً فأنت طالق وهو يعلم أنها حائض، فهذا على هذه الحيضة إذا دام الحيض منها إلى أن ينشق الفجر من الغد بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثلاثة أو أكثر، لأنه إذا علم بحيضها استحال أن يعني بيمينه حدوث حيضة أخرى في غد فتعين أنه أراد استمرار هذه الحيضة ودوامها، وإنما اعتبر بتلك الساعة لتمام الثلاثة أو أكثر لأن الحيض إذا انقطع فيما دونها فليس بحيض فلا يوجد شرط اليمين، وإن كان لا يعلم بحيضها فهو على حيض مستقبل ويدين في القضاء، لأنه إذا لم يعلم بحيضها فالظاهر أنه أراد حدوث الحيض، وكذلك هذه الوجوه في المرض.

وكذلك المحموم إذا قال: إن حميت أو المصدوع إذا قال إن صدعت، وكذلك الرعاف وإن كان صحيحاً، فقال إن صحيت فامرأتي طالق وكان صحيحاً حين سكت طلقت امرأته، وهو كبصير قال: إن أبصرت، وكسميع قال: إن سمعت، لأن الصحةَ عرض يحدث ساعة فساعة، فالموجود في الزمان الثاني غير الموجود في الزمان الأول وقد حدثت له الصحة حين ما فرغ من هذا الكلام فوجد شرط الحنث ولا يمكن شرط صحة أخرى في المستقبل كالحيض والمرض فتقع يمينه على ما يحدث عقيبَ الكلام، وعلى هذا يخرج ما إذا قال لامرأته إذا قمت أو قعدت أو ركبت أو لبست فأنت طالق وهي قائمة أو قاعدة أو راكبة أو لابسة أنه إذا مكث ساعة بعد اليمين مقدار ما يقدر على تركها حنث، وكذلك السكنى إذا لم يأخذ في النقلة من ساعته، لأن الدوامَ على هذه الأفعال يعني به تجدد أمثالها يسمى باسم هذه الأفعال فقد وجد ما تناوله الاسم عقيب اليمين فيحنث. وأما الدخول بأن قال إن دخلت هذه الدارَ فأنت طالق وهي داخلة فهذا لا يكون

إلا على دخول مستقبَل، فإن نوى الذي هو فيه لا يحنث، لأن الدخول هو الانفصال من خارج إلى داخل، وهذا لا يحتمل التجدد فلا يثبت الاسم في حالة البقاء أعني الثاني في زمان وجوده.

وكذلك إذا قال لها: إن خرجت، وهي خارجة، لأن الخروج ضد الدخول وهو الانفصال من داخل إلى خارج، وأنه لا يتجدد في الثاني من زمان وجوده فلا يثبت الاسم بخلاف القيام والركوب واللبس ونحوهما، يوضح الفرق أنه يقال قمت يوماً وركبت يوماً ولبست يوماً، ولا يقال دخلتُ الدارَ يوماً ولا خرجتُ من الدار يوماً على إرادة المكث. وكذلك الحبل إذا قال للحبلى إذا حبلت فأنت طالق، فهذا يقع على حَبَلٍ مستقبل لأنه يراد به ابتداء العلوق عرفاً وعادة. ولو قال إن أكلت أو ضربت فهو على الحادث كل شيء أكله بعد يمينه أو ضربه بعد يمينه يحنث لأن الضرب يتجدد.

وذكر في الأصل إذا قال لها أنت طالق ما لم تحيضي أو ما لم تحبلي وهي حبلى أو حائض في حال الحلف، فهي طالق حين سكت إلا أن يكون ذلك منها حين سكت لأنه جعل حدوث الحيض والحبل شرط البر فما لم يوجد عقيب اليمين يحنث، وإن عنى به ما فيه من الحيض دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في الحبل، لأن الحيضَ ذو أجزاء فجاز أن يسمى ما يحدث من أجزائه باسم الابتداء فأما الحبل فليس بذي أجزاء. ألا ترى أن الحيض يزداد والحبل ليس بمعنى يحتمل الزيادة فلا يصدق أصلاً، والله عز وجل أعلم. ومنها أن يكون المذكور في المستقبل متصور الوجود حقيقةً لا عادةً هو شرط انعقاد اليمين، فإن كان مما يستحيل وجوده حقيقة لا ينعقد كما إذا قال لامرأته إن وَلَجَ الجَمَلُ في سَمِّ الخياط فأنت طالق. وإن اجتمع الضدان فأنت طالق، لأن مثل هذا الكلام يذكر لتأكيد النفي، أي طلاقك أمر لا يكون أصلاً ورأساً كما لا يلج الجمل في سم الخياط ولا يجتمع الضدان، قال الله تعالى: ﴿ولا يَدْخُلونَ الجَنَّةَ حتى يَلِجَ الجَمَلُ في سَمِّ الخياطِ﴾[1]، أي لا يدخلونها رأساً، وعلى هذا يخرج ما إذا قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق أو عبده حر، أو قال إن لم أقتل فلاناً ولا ماء في الكوز وفلان ميت وهو يعلم بذلك أو لا يعلم به، وقد ذكرنا جملة هذا وتفصيله وما فيه من الاتفاق والاختلاف وما يتصل بذلك من المسائل في اليمين بالله تعالى.

وأما الذي يرجع إلى المحل المحلوف بطلاقه وعتاقه فقيام الملك فيه والإضافة إلى الملك أو إلى سبب الملك، وسنبين ذلك في كتاب الطلاق والعتاق ونذكر ذلك كله.

وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فما ذكرنا في اليمين بالله تعالى وهو عدم إدخال الاستثناء عليه، فإذا أدخل عليه الاستثناء أبطله بأن قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق إن شاءَ اللَّهُ تعالى، أو قال ما شاء الله تعالى، أو قال بمشيئة الله تعالى، أو قال: إلا أن يشاء اللَّهُ، أو قال بإرادة اللَّهِ أو بقضاء الله أو بقدرته ولو قال: إن أعانني الله أو بمعونة الله وأراد به الاستثناء يكون مستثنياً فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء، لأن الشيء بعد وجوده لا يحتمل الإعانة عليه فلا يمكن حمله على التعليق بالشرط فيجعل مجازاً عن الاستثناء، وكذلك إذا قال إن يسر الله تعالى أو قال بتيسير الله تعالى ونوى الاستثناء، وسنذكر شرائط صحة

---

(١) سورة الأعراف، الآية: (٤٠).

الاستثناء في كتاب الطلاق، ونذكر أن منها أن يكون الاستثناء موصولاً بالكلام المتقدم، وهو أن لا يكون بينهما فاصل إلا أن يكون الفصل لضرورة وعلى هذا ما روي عن ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدارِ فأنت طالق ثلاثاً، فاعلمي ذلك إلا بإذني، أو قال إن شاءَ الله إنه يصح الاستثناء فلا تطلق وإن خرجت من الدار، لأن حرف الفاء حرف عطف فيقتضي تعلق ما دخلت عليه الجملة المتقدمة، فيصير الكل كلاماً واحداً فلا يكون فاصلاً.

وإن قال: اعلمي ذلك أو اذهبي لم يصح الاستثناء لأنه لم يوجد ما يوجب تعلق المذكور بالكلام الأول فصار كلاماً مبتدأ فكان فاصلاً قاطعاً للاستثناء فيتعلق الطلاق بالخروج. وقال القدوري: وينبغي على قول أبي حنيفة أن لا يصحَ الاستثناء ويقع الطلاق في الفصلين جميعاً بناءً على أصله فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاءَ الله تعالى.

ومنها: أن لا يدخل بين الشرط والجزاء حائل، فإذا دخل لم يكن يميناً وتعليقاً بل يكون تنجيزاً، وعلى هذا يخرج إدخال النداء في وسط الكلامين أنه يكون فاصلاً مانعاً من التعليق أولا، وجملة الكلام فيه أن النداءَ أنواع ثلاثة: نداء بالقذف بأن يقولَ يا زانية، ونداء بالطلاق بأن يقولَ يا طالق، ونداء بالعلم بأن يقولَ يا زينب أو يا عمرة، وكل واحد من الأنواع الثلاثة على ثلاثة أوجه إما إن ذكر النداء في أول الكلام، وإما إن ذكره في أوسطه، وإما إن ذكره في آخره، وكل ذلك ينقسم إلى قسمين إما إن عَلّق بشرط وهو دخول الدار ونحوه؛ وإما إن نجز وأدخل فيه الاستثناء فقال إن شاء الله تعالى.

أما النداء بالقذف إذا ذكره في أول التعليق بالشرط لا يمنع من التعليق ويكون قذفاً صحيحاً بأن قال لامرأته يا زانية أنت طالق إن دخلت الدار، لأن قوله يا زانية، وإن كان موضوعاً للنداء، لكنه وصف لها بالزنا من حيث المعنى لأنه اسم مشتق من حيث المعنى وهو الزنا، والاسم المشتق من معنى يقتضي وجود ذلك المعنى لا محالة كسائر الأسماء المشتقة من المعاني من المتحرك والساكن ونحو ذلك، سواء كان الاسم موضوعاً للنداء أو غيره فصار بوصفه إياها بالزنا ونسبة الزنا إليها قاذفاً لها بالزنا وهي زوجته وموجبُ قذفِ الزوجاتِ اللعانُ عند استجماع شرائط اللعان ثم صار معلقاً طلاقها بدخول الدار بقوله أنت طالق إن دخلت الدار فيتعلق به.

وهذا لأنه إذا ناداها لتتنبه لسماع كلامه فلما تنبهت خاطبها باليمين وهي تعليق طلاقها بدخول الدار، وكذا لو قال: يا زانية أنت طالق إن شاء الله تعالى صار قاذفاً لما قلنا، ولا يقع الطلاق لدخول الاستثناء فيه، ولو بدأ بالنداء في الطلاق فقال يا طالق أنت طالق إن دخلت الدار وقع الطلاق بقوله يا طالق لأنه وصفها بالطلاق فيقتضي تقدم ثبوت الطلاق على وصفه إياها لضرورة صحة الوصف وتعلق طلاق آخر بدخول الدار لما ذكرنا في الفصل الأول، وكذا لو قال: يا طالق أنت طالق إن شاء الله تعالى يقع الطلاق بقوله يا طالق ولم يقع الثاني لدخول الاستثناء عليه.

ولو بدأ بالنداء بالعلم فقال يا عمرة أنت طالق إن دخلت الدار لا يقع شيء وتعلق الطلاق بالدخول لأنه بندائه إياها بالعلم نبهها على سماع كلامه ثم علق طلاقها بالدخول، وكذا لو قال يا عمرة أنت طالق يا عمرة

إن شاء الله تعالى لا يقع شيء لما ذكرنا. هذا إذا بدأ بالنداء إما بالقذف أو بالطلاق أو بالعلم، فأما إذا أتى بالنداء في وسط الكلام في التعليق بالشرط بأن قال لها أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار فقد روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يصير فاصلاً ويتعلق الطلاق بدخول الدارِ ويصير قاذفاً ويجب اللعان، وكان أبو يوسف يقول بهذا القول ثم رجع وقال يقع الطلاق للحال ولا يصير قاذفاً حتى لا يجب اللعان.

وذكر محمد في «الجامع» أنّ الطلاق يتعلق بدخول الدار ولا يصير النداء فاصلاً بين الشرط والجزاء مانعاً من التعليق ولا يصير قاذفاً ولا يجب اللعان.

قال المشايخ: ما ذكره ابن سماعة عن محمد هو قوله الأخير، وما ذكره محمد في الجامع قول أبي حنيفة، فحصل في المسألة ثلاثة أقوال، على قول أبي حنيفة تعلق القذف وبطل في نفسه وتعلق الطلاق، وعلى قول محمد تعلق الطلاق ولم يتعلق القذف بل تحقق للحال، وعلى قول أبـي يوسف تعلق القذف فبطل في نفسه ولم يتعلق الطلاق بل تَنَجُزُ.

وجه قول أبـي يوسف: أنه لما ذكر قوله إن دخلت الدار عقيب قوله يا زانية فقد علق القذف بالشرط والقذف لا يتعلق بالشرط لأنه وصف الشخص بالزنا كقوله قائمة وقاعدة أنه وصفها بالقيام والقعود ووصف الشيء بصفة يكون إخباراً عن وجود الصفة فيه والإخبار مما لا يتعلق بالشرط حتى يكون صادقاً عند وجوده كاذباً عند عدمه أو مخبراً عند وجوده غير مخبر عند عدمه، وإذا لم يتعلق صار لغواً فصار حائلاً بين الشرط والجزاء فينزل الجزاء لكن مع هذا لا يصير قاذفاً لأنه قصد تعليق القذف بالشرط ومَنْ قصد تعليقَ شيء بشرط لا يكون مثبتاً له في الحال فلم يصر قاذفاً وعند وجود الشرط لا يصير قاذفاً أيضاً، لأنه لم يتعلق به حتى ينزل عند وجوده.

وجه ما روى ابن سماعة عن محمد أنّ قوله «يا زانية» وإن لم يتعلق ولكنه مع هذا لا يصير لغواً لأنه لتأكيد الخطاب الموجود بقوله: «أنت طالق»فصار مؤكداً لِبابِ الخطاب فالتحق به فصار كأنه قال: أنت يا زانية إن دخلت الدار طالق فتعلق الطلاق بالدخول وبقي القذف متحققاً، ألا ترى أنه لو قال أنت طالق يا عمرة إن دخلت الدار صح التعليق ولم يصر قوله يا عمرة فاصلاً كذا ههنا.

وجه قول أبـي حنيفة: أن تعليقَ الطلاق بالشرط قد صح لما مر في كلام محمد والقذف لم يتحقق، لأنه ذكرَ عقيبه الشرط والقذف متى علق بالشرط لا يقصد الإنسان تحقيقه للحال واليا بعد وجود الشرط على ما مر، وكان القاضي الجليل يقول تعليق القذف بالشرط يكون تبعيداً للقذف، كما يقول الرجل إن فعلت كذا فامرأته زانية أو أمه زانية يريد بذلك تبعيد الفعل ولن يتحقق تبعيد الفعل إلا بتبعيد الاتصاف بالزنا عن أمه وامرأته، وبمثل هذا يحصل الوصف بالإحصان دون الوصف بالزنا وإلحاق العار به والله عز وجل أعلم.

وكذا لو قال أنت طالق يا زانية إن شاء الله تعالى فهو على هذا الخلاف ولو كان النداء بالطلاق بأن قال: أنت طالق يا طالق إن دخلت الدار هذا أيضاً على الخلاف بين أبـي يوسف ومحمد إلا أن أبا حنيفة يفرق بين هذا وبين النداء بالزنا بقوله: يا زانية، ويقول يقع الطلاق منجَزاً بقوله: أنت طالق ولا يتعلق بدخول الدار ويصير كقوله: يا طالق فاصلاً.

ووجه الفرق: أنّ قوله يا طالق وإن كان نداء فهو إيقاع الطلاق فكان قوله: أنت طالق يا طالق إيقاعاً عقيبَ إيقاع من غير عطف البعض على البعض والشرط اتصل بآخر الإيقاعين دون الأول منهما فبقي الأول تنجيزاً بخلاف قوله: يا زانية فإنه نداء وتأكيد لما تقدم من تاء الخطاب لا إيقاع فلم يتعلق به فلم يصر حائلاً فلم يمنع من تعلق الشرط بالجزاء.

ولو قال: أنت طالق يا طالق إن شاء الله هذا أيضاً على ما ذكرنا من الخلاف بينهم، والفرق لأبي حنيفة بين هذا وبين قوله: أنت طالق يا زانية إن شاء الله ولو كان النداء بالعلم بأن قال: أنت طالق يا عمرة إن دخلت الدار فههنا يتعلق الطلاق بالشرط بالإجماع، وأبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين قوله يا زانية.

والفرق أن قوله: يا عمرة لا يفيد إلا ما يفيده، قوله: أنت فكان تأكيداً له فالتحق به فلم يصر فاصلاً.

وأما قوله: يا زانية ففيه زيادة أمر لا تفيده تاء الخطاب وهو إثبات وصف الزنا ويتعلق به شرعاً حكم وهو الحد أو اللعان في الجملة فلا يمكن أن يجعل تكراراً للتاء الموضوعة للخطاب فكان معتبراً في نفسه فلم يصر ملتحقاً بتاء الخطاب فبقي فاصلاً فأما فيما نحن فيه فبخلافه على ما مر.

ولو قال: أنت طالق يا عمرة إن شاء الله لا يقع الطلاق لما مر، هذا إذا أتى بالنداء في أول الكلام أو وسطه، فأما إذا أتى به في آخر الكلام، أما في النداء بالزنا بأن قال أنت طالق إن دخلت الدارَ يا زانية فإن الطلاقَ يتعلق بالدخول، لأنه علق الطلاقَ بالدخول ثم ناداها بعد ذلك فصار قاذفاً ولم يوجد بعد القذف شرط ليقالَ أنه قصد تعليقَ القذف بعد تحقيقه.

وكذا في قوله أنت طالق إن شاء الله يا زانية بطل الطلاق وتحقق القذف، وفي قوله أنت طالق إن دخلت الدارَ يا طالق تعلق الأول بالدخول ووقع بقوله يا طالق طلاق لدخول الشرط في الأول دون قوله يا طالق.

وكذا لو قال: أنت طالق إن شاء الله يا طالق، وكذا قوله أنت طالق إن دخلت الدار يا عمرة فهذا رجل علق الطلاق بدخول الدار ثم ناداها ونبهها بالنداء على اليمين والخطاب فصح التعليق.

وكذا لو قال: أنت طالق إن شاء الله يا عمرة لا يقع شيء لما مر.

قال أبو حنيفة: ولو قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق يا زانية ثلاثاً فهي ثلاث ولا حد ولا لعان.

وقال أبو يوسف: هي طالق واحدة وعليه الحد، أبو حنيفة لم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، لأن قوله: يا زانية نداء فلا يفصل بين العدد وهو قوله ثلاثاً وبين أصل الإيقاع وهو قوله أنت طالق وإذا لم يفصل فيوقف الوقوع على آخر الكلام وهو قوله ثلاثاً فتبين فلا يمكن إلحاق اللعان بعد البينونة وأبو يوسف يقول إن قوله: يا زانية يفصل بين الإيقاع والعدد فبانت بقوله: أنت طالق فصادفها قوله يا زانية وهي أجنبية فيجب عليه الحد ويلغو قوله ثلاثاً.

قال أبو يوسف: ولا يشبه هذا المدخول بها إذا قال لها أنت طالق يا زانية ثلاثاً أنها تبين بثلاث ولا حد ولا لعان لأنا وإن اعتبرنا قوله يا زانية فاصلا فإنه لا يمنع إلحاق الثلاث به فإنه لو قال لها أنت طالق وسكت

فقيل له كم، فقال ثلاثاً فكذا إذا فصل بقوله يا زانية.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال لها قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثاً أو قال: أنت طالق إن دخلت الدار فماتت بعد قوله: أنت طالق قبل قوله إن دخلت الدار فهذا باطل لا يلزمه طلاق، لأن العدد إذا قرن بالتطليق كان الواقع هو العدد وهي عند ذلك ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها والشرط إذا لحق بآخر الكلام يتوقف أول الكلام على آخره ولا يفصل آخر الكلام عن أوله وقد حصل آخر الكلام وهي أجنبية، ولو قال أنت طالق ثلاثاً يا عمرة فماتت قبل أن يقول: يا عمرة فالطلاق لازم، لأن قوله: يا عمرة نداء ليس بشرط ولا عدد يتوقف الوقوع عليه فلا يتوقف والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم هذه اليمين فحكمها واحد وهو وقوع الطلاق أو العتاق المعلق عند وجود الشرط ـ فتبين أن حكم هذه اليمين وقوع الطلاق والعتاق المعلق بالشرط ثم نبين أعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق على التفصيل ومعنى كل واحد منهما حتى إذا وُجد ذلك المعنى يوجد الشرط فيقع الطلاق والعتاق وإلا فلا.

أما الأول فلأن اليمين بالطلاق والعتاق هو تعليق الطلاق والعتاق بالشرط، ومعنى تعليقهما بالشرط وهو إيقاع الطلاق والعتاق في زمان ما بعد الشرط لا يعقل له معنى آخر، فإذا وُجد ركن الايقاع مع شرائطه لا بد من الوقوع عند الشرط، فأما عدم الوقوع عند عدم الشرط فليس حكم التعليق بالشرط عندنا بل هو حكم العدم الأصلي، لأن الوقوعَ لم يكن ثابتا في الأصل والثبوت على حسب الإثبات والحالف لم يثبت إلا بعد الشرط فبقي حكمه باقياً على أصل العدم لا أن يكونَ العدم موجبَ التعليق بالشرط بل موجَبُه الوقوع عند وجود الشرط فقط، ثم الشرط إن كان شيئاً واحداً يقع الطلاق عند وجوده بأن قال لامرأته إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، أو أنت طالق إن دخلت هذه الدار يستوي فيه تقديم الشرط في الذكر وتأخيره، وسواء كان الشرط معيناً أو مبهماً بأن قال إن دخلت هذه الدارَ أو هذه فأنت طالق، أو قال أنت طالق إن دخلت هذه الدار أو هذه. وكذلك إذا كان وسط الجزاء بأن قال إن دخلت هذه الدارَ فأنتِ طالق أو هذه الدار، لأن كلمةَ أو ههنا تقتضي التخييرَ فصار كُلُّ فِعلٍ على حياله شرطاً فأيهما وُجد وقع الطلاق. وكذلك لو أعادَ الفعلَ مع آخرَ بأن قال إن دخلت هذه الدارَ أو دخلتِ هذه سواء أخر الشرط أو قدمه أو وَسَّطه.

وروى ابنُ سماعة عن محمد فيمن قال: إن دخلت هذه الدارَ أو هذه الدارَ. وإن دخلتُ هذه فعبدي حرٌ أن اليمين على أن يدخل إحدى الأوليَيْنِ ويدخلَ الثالثة، فأي الأوليَيْن دَخَلَ ودخل الثالثة حنث، لأنه جعل شرطَ حنثه دخولَ إحدى الأوليين ودخولَ الثالثة. لأنه ذكر إحدىٰ الأوليين بكلمة أو فيتناول إحداهما، ثم جمع دخولَ الثالثة إلى دخول إحداهما لوجود حرف الجمع وهو الواوُ في قوله وإن دخلت هذه، فصار دخولُ الثالثة مع دخول إحدى الأوليين شرطاً واحداً فإذا وجد حنث.

هذا إذا أدخل كلمة أو بين شرطين في يمين واحدة، فأما إذا أدخلها بين ايقاع ويمين أو بين يمينين كما روى ابنُ سماعة وبِشْرٌ عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً أو والله لأضربن هذا الخادم اليوم، فضَرَبَ الخادم من يومه فقد بر في يمينه وبطل الطلاق لأنه خير نفسه بين الطلاق وبين الضرب في اليوم فإذا

وُجد أحدهما انتفى الآخر، فإذا مضى اليوم قبل أن يضرب الخادم فقد حنث في يمينه ويخير فإن شاء أوقع الطلاق وإن شاء ألزم نفسه اليمين لأنه قد حنث في أحد الأمرين وهو المبهم فكان إليه التعيين، فإن قال في اليوم قبل مضيه قد اخترت إن أوقع الطلاق لزمه وبطلت اليمين، لأنه خير نفسه بين الإيقاع وبين اليمين فإذا أوقع فقد سقطت اليمين.

ولو قال: قد اخترت التزام اليمين وأبطلت الطلاق، فإن الطلاق يبطل، حتى لو مضى اليوم قبل أن يضربَ الخادمَ حنث في يمينه، لأن اختيارَ التزامِ اليمين لا يبطل اليمينَ، لأن اليمينَ لا يجب على الإنسان بالالتزام حتى يبطل بالاختيار فبقيت اليمين على حالها.

ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً أو والله لأضْرِبَنَّ فلانة فماتت فلانة قبل أن يضربها فقد حنث في يمينه وهو مخير إن شاء ألزم نفسه الطلاق وإن شاء الكفارة لأن شرط البر فات بموتها فحنث في إحدى اليمينين، ولو كان الرجل هو الميت والمحلوفُ على ضربها حية فقد وقع الحنث على الرجل وقد مات قبل أن يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث، لأنه لما كان مخيراً بين الطلاق والتزام الكفارة لا يقع الطلاق بالشك ولا يجبره الحاكم على البيان، لأن أحدَهُما وهو الكفارة لا يدخل تحت الحكم فلا يَقْدِرُ الحاكم على إلزامه ولكن يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى، ولو كان بدل الكفارة طلاقٌ أخرى فقال أنت طالق ثلاثاً أو هذه فههنا يجبره الحاكم حتى يبين، لأن الواقع طلاق وأنه مما يدخل في الحكم.

ولو قال أنت طالق أو عليَّ حجة أو عمرة لم يجبره الحاكم على الاختيار إنما يفتي في الوقوع أن يوقع أيهما شاء ويبطل الأخرى.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً أو فلانة علي حرام يعني اليمين فإنه يخير تخيير الفتوى ولا يجبره القاضي حتى يمضي أربعة أشهر قبل أن يقرب، لأنه لا يقدر على أن يسقط ذلك عن نفسه بالكفارة فإذا مضت أربعةُ أشهر قبل أن يقرب يخير تخيير حكم، ويقال له أوقع طلاق الإيلاء على التي حرمت أو طلاق الكلام على التي تكلمت بطلاقها، لأن الطلاق لا بد أن يقع على إحداهما فخير فيه تخيير الحاكم.

وقال محمد في «الجامع» إذا قال والله لا أدخل هذه الدارَ أو لا أدخل هذه فإن دخل إحداهما حنث، لأن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين تناولت كلّ واحد على الانفراد، قال الله تعالى: **﴿ولا تُطِعْ مِنْهُمْ آثماً أو كَفُوراً﴾**[1].

ولو قال:والله لا أدخل هذه الدارَ أبداً أو لأدخلنَّ هذه الدار الأخرى اليومَ فإن دخل الأولى حنث وإن لم يدخلها ولم يدخل الأخرى حتى مضى اليوم حنث لأنه خير نفسه في اليمين أن لا يدخل الدار الأولى أو يدخل الأخرى في اليوم فإن دخل الأخرى في اليوم بر في يمينه وإن مضى اليوم حنث في إحدى اليمينين.

قال ابن سماعة في «نوادره» سمعت محمداً قال: في رجل قال عبده حر إن لم يدخل هذه الدارَ اليومَ، فإن لم يدخلها اليومَ دخل هذه، قال محمد ليس هذا باستثناء واليمين على حالها ولا أبالي وصَل هذا الكلام

---

[1] سورة الإنسان، الآية: (٢٤).

أو فصْله؛ فإن لم يدخل الدارَ الأولى اليومَ حنث، لأن قوله فإن لم يدخلها ليس بلفظ تخيير فبقيت اليمين الأولى بحالها والله عز وجل أعلم.

هذا إذا كان الشرط شيئاً واحداً فإن كان شيئين بأن عطف أحدَهما على الآخر بحرف العطف لا ينزل إلا عند وجود الشرطين. لأنه عَلَّقهما بهما فلو نزل عند وجود أحدهما لنزل من غير صنعه وهذا لا يجوز سواء قدم الشرطين على الجزاء في الذكر أو أخرهما أو وسط الجزاءَ بأن قال لها إن دخلت هذه الدارَ وهذه الدارَ فأنت طالق، أو قال أنت طالق إن دخلت هذه الدارَ وهذه الدارَ، أو قال إن دخلت هذه الدارَ فأنت طالق وهذه الدارَ لا يقع الطلاق إلا عند دخول الدارين جميعاً.

أما إذا قدم الشرطين على الجزاء أو أخرهما عنه فلأنه جمع بين الشرطين بحرف الجمع، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، ولو جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال إن دخلتِ هاتين الدارين فأنت طالق، أو أنت طالق إن دخلت هاتين الدارين لا يقع الطلاق إلا عند دخول الدارين جميعاً كذا هذا.

وإنما استوى فيه تقديمُ الشرطين وتأخيرُهما، لأن الجزاءَ يتعلق بالشرط كيفما كان فكان التقديمُ والتأخيرُ فيه سواءً.

وأما إذا وسط الجزاء فلأن الشيء يُعطف على جنسه لا على غير جنسه فلا يصح عطف الشرط على الجزاء فيُجعل معطوفاً على الشرط، وكذلك إذا كان العطف بحرف الفاء بأن قال إن دخلت هذه الدارَ فهذه الدارَ أنت طالق، أو قال أنت طالق إن دخلت هذه الدار فهذه الدار، أو قال إن دخلت هذه الدارَ فأنت طالق فهذه الدارَ فهذا كله سواء ولا يقع الطلاق إلا عند دخول هذين الدارين جميعاً كما في الفصل الأول، إلا أن هناك لا يراعى الترتيب في دخول الدارين وههنا يراعى وهو أن تدخلَ الدارَ الثانية بعد دخولها الأولى وإلا فلا يقع الطلاق، لأن الواوَ والفاءَ وإن كانت كل واحدة منهما حرف عطف وجمع لكن الواو للجمع المطلق، والفاء للجمع المقيد وهو الجمع على سبيل التعقيب، لذلك لزم مراعاةُ الترتيب في الثاني دون الأول.

وكذلك إن كان العطف بكلمة ثم بأن قال إن دخلت هذه الدارَ ثم هذه الدارَ فأنت طالق. أو قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدارَ ثم هذه الدارَ أو قال إن دخلت هذه الدارَ فأنت طالق ثم هذه الدارَ فهذه والفاء سواء في أنه يراعى الترتيب في الدخول في كل واحدة منهما إلا أن ههنا لا بد وأن يكونَ دخول الدار الثانية متراخياً عن دخول الأولى، لأن كلمة ثم للترتيب والتعقيب مع التراخي، هذا إذا كرر حرف العطف بدون الفعل فإن كرر مع الفعل فإن كان بالواو بأن قال: إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار فأنت طالق، أو قال أنت طالق إن دخلت هذه الدارَ ودخلت هذه الدارَ، فهذا وما إذا كرر حرف العطف بدون الفعل سواء، لأن الواو للجمع المطلق فيقتضي اجتماع الشرطين فيستوي فيه إعادة الفعل وعدم الإعادة، وإن كانت بالفاء فقال: إن دخلت هذه الدارَ فدخلت هذه الدارَ الأخرى فأنت طالق، أو قال أنت طالق إن دخلت هذه الدارَ فدخلت هذه الدارَ الأخرى، فقد ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه فرق بين الفاء وبين الواو في هذه الأوجه، فقال في الأول يقع الطلاق عند دخول الدارين من غير مراعاة الترتيب وفي الثاني لا يقع إلا أن يكونَ المذكور بالفاء آخراً حتى لو دخلت الدار الثانية قبل الأولى ثم دخلت الأولى لا يحنث.

ووجه الفرق: ما ذكرنا أن الواو تقتضي الجمع المطلق من غير شرط الترتيب والفاء تقتضي التعقيب فيستدعي تأخر الفعل الثاني عن الأول.

وقد ذكر ابن سماعة عن محمد في هذا زيادةَ تفصيل، فقال في رجل قال لامرأته إن دخلت دارَ فلان فدخلت هذه الدارَ فأنت طالق ولم يدخل بها ثم طلقها فدخلت دارَ فلان، ثم تزوجها فدخلت الدار الثانية لم تطلق كأنه جعل دخول دار فلان شرطاً لانعقاد اليمين فإنما يصير حالفاً حين دخلت الدار الأولى ولا ملك له في ذلك الوقت فيصير حالفا بطلاق امرأة لا يملكها فلا تطلق، وإن دخلت الدار الثانية وهي امرأته لما لم تنعقد اليمين.

وقد روي عن أبي يوسف مثل هذه في مسألة أخرى فقال إذا قال لامرأتين له إذا غشيت هذه فإذا غشيت هذه الأخرى فعبدي حر فليس الحلف على الأولى إنما تنعقد عليه اليمين في الثانية إذا غشي الأولى ويكون مولياً من الثانية إذا غشيَ الأولى، والفاء في هذه المواضع لا تشبه الواو، فدل ذلك على أنه جعل غشيان الأولى شرطاً لانعقاد اليمين في الثانية.

ولو قال لامرأته قبل الدخول بها: أنت طالق إن دخلت هذه الدارَ، وإن دخلت هذه الدار أو وَسَّط الجزاء، بأن قال إن دخلت هذه الدار، فأنت طالق، وإن دخلت هذه الدار، فإن أبا يوسف ومحمداً قالا: أي الدارَيْن دخلت طلقت وسقطت اليمين ولا تطلق بدخول الدار الأخرى، لأنه لما أعاد حرف الشرط مع الفعل فلم يكن عطفاً على الأولى في الشرط بل صار ذلك يميناً أخرى أضمر فيها الجزاء فأيهما وجدَ نزل الجزاء وانحلت اليمين، لأن جزاء الثاني لم يبق وإن قدم الشرطين على الجزاء، فقال: إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار فأنت طالق فإنها لا تطلق حتى تدخل الدارين جميعاً وهو قول محمد، روى ابن سماعة عنه، وذكر محمد في «**الجامع**»: وقال هو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه سوّى بين ذلك فقال: أيَّ الدارين دخلت طلقت كما في الأولى.

وجه قول محمد: أنه لما عطف الشرطَ على الشرط قبل الجزاء دل ذلك على أنها يمين واحدة، لأن الكلامَ الأول، وهو قوله إن دخلتِ هذه الدارَ ليس بتام، لأنه لا جزاءَ له، فقوله بعد ذلك وإن دخلت هذه الدارَ يكون شرطاً على حدة إلا أنه لم يذكر له جزاءً، فكان جزاءُ الأول جزاءَ الثاني فأيهُما وُجد نزل الجزاء وتبطل اليمين الأخرى، لأنه لم يبق لها جزاءٌ بخلاف الفصل الأول، لأن هناك اليمين قد تمت بذكر الجزاء، فلما أعاد حرف الشرط مع الفعل دل ذلك على أنه كلامٌ مبتدأ.

وجه قول أبي يوسف: أن تقديمَ الشرط على الجزاء وتأخيره عنه في باب اليمين سواءٌ، ولو قدمه كان الجوابُ هكذا فكذا إذا أخر والله عز وجل أعلم.

ولو كرر الشرطَ وعلق به جزاءً واحداً فإن كرر بدون حرف العطف بأن قال إن تزوجت فلانة إن تزوجتُ فلانة فهي طالق فاليمين انعقدت بالقول الثاني والقول الأول لغو، وكذلك إذا متى وإن إذا وإن متى، وكذلك إن بدأ بإذا وأخر إن، أو قال إذا، ثم قال متى، لأن الشرط لا يتعلق به حكم إلا بانضمام الجزاء إليه، وقد ضم الجزاءَ إلى الشرط الثاني، لأنه موصول به حقيقة فيقطع عن الأول فبقي الأول من غير جزاء فلغا وإن قدم

الجزاء، فقال أنت طالق إن تزوجتك انعقدت اليمين بالكلام الأول والكلام الثاني لغو، لأن الجزاء تعلق بالشرط الأول والثاني غير معطوف عليه فبقي شرطاً لا جزاء له فلغا.

ولو قال: إذا تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك فإنما انعقدت اليمن بالكلام الآخر والكلام الأول لغو، لأن إن شرط محض، ألا ترى أنه لا يستعمل إلا في الشرط وإذ قد يستعمل في الوقت ولا بد من تعليق الطلاق بأحدهما فتعليقه بالشرط المحض أولى.

وذكر محمد في «الجامع» في رجل قال لدار واحدة إن دخلت هذه الدارَ فعبدي حر إن دخلت هذه الدار فدخلها دخلة واحدة فإنه ينبغي في القياس أن لا يحنث حتى يدخل الدار دخلتين ولكنا نستحسن ونجعله حانثاً بالدخلة الأولى وجه القياس أن تكرار الشرط يمكن أن يحمل على فائدة وهو أنه أراد به العطف إلا أنه حذف حرف العطف فصار الشرط دخولها مرتين.

وجه الاستحسان: أن التكرار يجعل رداً للكلام الأول، لأن الغرض من هذه اليمين المنع، والظاهر أن الإنسان يمنع نفسه من أصل الدخول دون التكرار إلا أن يعني دخلتين فيكون على ما عني، لأن الظاهر أن الإنسان لا يتكلم بشيء إلا لفائدة تتعلق به فقد نوى ظاهر كلامه فيصدق.

وإن كرر بحرف العطف فقال: إن تزوجتك وإن تزوجتك. أو قال: إن تزوجتك فإن تزوجتك، أو إذا تزوجتك ومتى تزوجتك، لا يقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين، لأنه لما عطف أحد الشرطين على الآخرفقد علق الجزاء بهما فيتعلق بهما، ولو قدم الطلاق فقال: أنت طالق إن تزوجتك فإن تزوجتك فهذا على تزويج واحد وهو مخالف للباب الأول، لأن الكلام الأول تم بالجزاء والشرط فإذا أعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم.

ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالق وإن تزوجتك، طلقت بكل واحد من التزويجين، لأنه عطف التزويج على الجزاء فصار الجزاء مضمراً فيه كأنه قال: ان تزوجتك فأنت طالق والله عز وجل أعلم.

ولو قال: كلما دخلتِ هذه الدارَ وكلمتِ فلاناً فعبد من عبيدي حر، فدخلَتِ الدار دخلات وكلمت فلاناً مرة واحدة لا يعتق إلا عبد واحد لأنه جعل شرط العتق دخول الدار وكلام فلان، فإذا تكرر أحد الشرطين ولم يوجد الآخر إلا مرة واحدة فقد تم شرط يمين واحدة ووجد بعض شرط يمين أخرى فلا يعتق إلا عبد واحد.

ولو قال: كلما دخلتِ هذه الدار فإن كلمتِ فلاناً فأنت طالق فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت امرأته ثلاثاً لأنه جعل الجملة المذكورة بعد حرف الفاء من ذكر الشرط والجزاء جزاء الدخول والجزاء يتكرر بتكرر الشرط إذا كان الشرط مذكوراً بكملة كلما ويصير كأنه علق عند كل دخول طلاقها بكلامها فإذا كلمت فلاناً مرة تطلق ثلاثاً إذ الفعل الواحد يصلح شرطاً في أيمان كثيرة فيحنث في جميعها.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: ما يجري مجرى الشرح للمسألة الأولى أنه قال لو قال: كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فأنت طالق فهذا عليهما جميعاً، فإن دخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت واحدة، لأن الواو للجمع فيصير الدخول والكلام جميعاً شرطاً وتكرار بعض الشرط لا يتعلق

به حنث، فإن عادت فكلمت فلاناً قبل أَنْ تدخل الدار الرابعة طلقت أخرى، لأنه تم شرط يمين أخرى فإن عادت فكلمت فلاناً الثالثة طلقت أخرى لتمام شرط اليمين الثالثة.

قال: وكذلك لو بدأت بكلام فلان فكلمته ثلاث مرات ثم دخلت الدار دخلة طلقت واحدة، فإن عادت فدخلتها الثانية قبل الكلام طلقت أخرى، فإن عادت فدخلت الثالثة طلقت أيضاً ثنتين، لأنه لا يراعى فيه الترتيب، وأنه لا فرق بين تقديم أحد الشرطين على الآخر وبين تأخيره.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ما يجري مجرى شرح المسألة الثانية أنه قال: لو قال كلما دخلت هذه الدار، فإن كلمت فلاناً فأنت طالق، فإن اليمين في هذا كله إنما تنعقد بدخول الدار فكلما دخلت دخلةً انعقدت يمين فإن كلمت فلاناً طلقت، فإن عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلاناً طلقت أخرى، فإن عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلاناً طلقت أخرى، ولو بدأت فدخلت الدارَ ثلاثَ دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت ثلاث مرات، لأنه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين فينعقد عند كل دخلة يمين لمكان كلمة «كلما» فقد انعقدت عليها أيمان فانحلت بشرط واحد.

قال: ولو بدأت بكلام فلان لم ينعقد به يمين ولم يقع به طلاق حتى تكلم فلاناً بعد دخول الدار، لأنه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين فما لم تدخل لا ينعقد فلا يقع بالكلام طلاق.

قال: وسمعت أبا يوسف قال: ولو قال كلما دخلت هذه الدار فكلما كلمت فلاناً فأنت طالق. قال: فهذا عليها ويكون الفاء جزاء فإن بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت ثلاثاً، ولو دخلت الدار ثم كلمت فلاناً ثلاث مرات طلقت ثلاثا، لأن اليمين قد انعقدت بدخول الدار فإذا تكرر شرطها يتكرر الحنث، لأن كلما للتكرار والله عز وجل أعلم.

ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وفلانة لامرأَتُهُ طلقتِ امْرَأَتُهُ الساعة ولا ينتظر به التزويج، لأن كلمةَ كل ليست كلمةَ شرطٍ لما قلنا، لكن فيها معنى الشرط من حيث إنه يتوقف نزول الجزاء على امرأة موصوفة بصفة أنها متزوجة وفلانة غير موصوفة بهذه الصفة فلا يقف طلاقها عليها.

ولو قال كل امرأة من نسائي تدخل الدارَ فهي طالق وفلانةٌ سمى بعضَ نسائه فإن الطلاق يقع عليها الساعةَ قَبْلَ أَنْ تدخل الدارَ لما ذكرنا، فإن دخلت الدارَ وهي في العدة طلقت أخرى، لأنها قد دخلت في عموم قوله كلُّ امْرَأةٍ من نسائي تدخل الدار.

ولو قال: أنت ومن دخل الدار من نسائي طالق كانت طالقاً ساعة سكت لما ذكرنا أنه أوقع الطلاق على الموصوف وهذه غير موصوفة، ولو دخلت هي في هذه العدة طلقت أخرى لما بينا.

ولو قال لامرأته: أنت طالق وفلانة إن تزوجتها لم يقع الطلاق على امرأته حتى يتزوج بالأخرى، لأنه علق طلاقها بالشرط وهو التزوج لإتيانه بكلمة الشرط نصاً فيتعلق به بخلاف الفصل الأول.

ولو قال لعبده: أنت حر ومن دخل الدار من عبيدي عتق الأول للحال لما ذكرنا، فإن عنى أن عتقه معلق بدخول الدار لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر لانعدام التعليق بالشرط حقيقةً وهو متهم فيه لما فيه

من التخفيف عليه فلا يصدقه القاضي والله تعالى الموفق.

وذكر محمد في «الجامع» في رجل له امرأتان فقال لإحداهما أنت طالق إن دخلتِ هذه الدارَ لا بل هذه، فإن دخلت الأولى الدار طلقتا ولا تطلق الثانية قبل ذلك، لأن قوله لإحداهما أنت طالق إن دخلت هذه الدار تعليق طلاقها بشرط الدخول، وقوله لا رجوع عن تعليق طلاقها بالشرط، وقوله بل إثبات تعليق طلاق هذه بالشرط والرجوع لا يصح والإثبات صحيح فبقيت فيتعلق طلاقها بالشرط.

ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق لا، بل غلامي فلان حر عتق عبده الساعة، لأن قوله: لا، بل غلامي فلان حر جملة تامة لكونها مبتدأ وخبراً فلا تفتقر إلى ما تقدم من الشرط فلا يتعلق به بخلاف ما إذا قال: إن تزوجتَ فلانة فهي طالق لا بل فلانة وهي امرأته أن امرأته لا تطلق الساعة، لأن قوله لا بل فلانة غير مستقل بنفسه بل هو مفتقر إلى الكلام الأول، وذلك متعلق بالشرط فيتعلق هذا أيضاً.

ولو قال لعبده: أنت حر إن دخلت الدار لا، بل فلان لعبد له آخر لا يعتق الثاني إلا بعد دخول الدار، لأنه استدرك بكلام غير مستقل فتعلق بالشرط.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في «نوادره»: لو أن رجلاً قال لامرأته إن دخلتِ الدار فأنت طالق وطالق وطالق لا، بل هذه فدخلت الأولى الدار طلقتا ثلاثاً، لأن قوله: لا، بل هذه غير مستقل فأضمر فيه الشرط فصار طلاقها جزاء الدخول كطلاق الأولى والجزاء في حق الأولى ثلاث تطليقات كذا في حق الثانية.

ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق لا بل هذه وقع على الثانية واحدة وعلى الأولى ثلاث، لأنه يضمر في حق الثانية ما يستقل به الكلام، والكلام يستقل بإضمار تطليقة واحدة.

ألا ترى أن التطليقات ههنا متفرقة فصار كأنه قال: لا، بل هذه طالق بخلاف الفصل الأول، لأن هناك علق الثلاث جملة بالدخول فلا بد من اعتبارها جملة واحدة على حسب التعليق فصارت تلك الكلمة مستدركة في حق الثانية، ولو قال لامرأته أنت طالق إن كلمت فلاناً لا بل هذه فكان على الكلام لا على الطلاق، وهذا خلاف ما ذكره محمد في «الجامع»، ويجوز أن يكون قول أبي يوسف لأنه نسقها على الكلام فتعلق طلاقها بكلام فلان، فإن قال: إن كلمت فلاناً فأنت طالق لا بل هذه فقوله: لا بل هذه على الطلاق؛ لأنه نسقها على الجزاء فتعلق طلاقها بما تعلق به طلاق الأخرى.

قال بشر عن أبي يوسف فيمن قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن دخلت الدار فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى، فإن الطلاق يقع على التي تزوج قبل الدخول ولا يقع على التي تزوج بعد الدخول.

وكذلك ذكر محمد في «الجامع» لأنه أوقع الطلاق على امرأة موصوفة بأنه تزوجها قبل الدخول والموصوفة بهذه الصفة التي تزوجها قبل الدخول لا بعد الدخول فلا تطلق المتزوجة بعد الدخول، ونظيره إذا قال: كل امرأة لي عمياء طالق إن دخلتُ الدارَ فدخل ثم عميت امرأته لا تطلق كذا هذا.

ولو بدأ بالدخول فقال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى، فإن الطلاق يقع على التي تزوج بعد الدخول ولا يقع على التي تزوج قبل الدخول، لأنه جعل

دخولَ الدار شرطَ انعقاد اليمين الثانية فصار كأنه قال عند الدخول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا يدخل في ذلك ما تزوج من قبل.

قال أبو يوسف: فإن نوى ما تزوج قبل أو بعد في المسألتين جميعاً فليس يقع على ما نوى ولا يلزمه ذلك، لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه.

قال بشر: ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن دخلت الدار فدخل الدار ثم تزوج لا يقع الطلاق فإن دخل الدار ثانياً وقع الطلاق، لأنه عقد اليمين على دخول بعد التزوج لا على دخول قبله فلم يكن الدخول قبل التزوج معقوداً عليه فلا تنحل به اليمين، فإذا وجد الدخول الثاني وهو المعقود عليه وقع به الطلاق.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها إلى سنة فهي طالق إن كلمت فلاناً فهو على ما يتزوج في الوقت، سواء كان قبل الكلام أو بعده، كذا ذكر محمد في «الجامع» لأنه لما قال: كل امرأة أتزوجها إلى سنة، فلا بد وأن يكون للتوقيت فائدة، فلو اختصت اليمين بما يتزوج قبل الكلام بطل معنى التوقيت فيصير الكلام شرطاً لوقوع الطلاق المعلق بالتزوج.

ولو بدأ بالكلام فقال إن كلمت فلاناً فكل امرأةٍ أتزوجها إلى سنة فهي طالق فهذا يقع على ما بعد الكلام والتوقيتُ وعدمُ التوقيتِ فيه سواء. لأنه لما بدأ بالكلام فقد جعلَ الكلام شرطه انعقاد اليمين فلا يدخل فيه المزوجة قبل الكلام ويكون فائدة التوقيت تخصيص العقد بمن تزوج في المدة دون ما بعدها، والله عز وجل أعلم.

ولو عطف الحالف على يمينه بعد السكوت فالأصل فيه ما روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا عطف على يمينه بعد السكوت ما يوسع على نفسه لم يقبل قوله كما لا يقبل في الاستثناء بعد السكوت، وإن عطف بما شدد على نفسه جاز.

وإذا ثبت هذا الأصل فقال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال إن دخلت فلانة الدار فهي طالق ثم سكت سكتة، ثم قال: وهذه يعني امرأة له أخرى فإنها تدخل في اليمين، لأن الواو للجمع فكأنه قال وهذه طالق إن دخلت تلك الدار وفي هذا تشديد على نفسه.

وكذلك إن قال إن دخلت هذه الدار، لأنه عطف على الشرط وفيه تشديد لأن هذا يقتضي وقوع الطلاق على الأولى بدخول كل واحدة من الدارين وفي هذا تشديد على نفسه.

وكذلك لو نجز فقال هذه طالق ثم سكت ثم قال وهذه طلقت الثانية، لأنه جمع بينهما في الإيقاع وهذا تشديد على نفسه، ولو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار ثم سكت، ثم قال وهذه يعني داراً أخرى فليس له ذلك فإن دخلت الأولى طلقت، لأن قوله: وهذه يعني داراً أخرى يقتضي زيادة في شرط اليمين الأولى، لأنه إذا علق الطلاق بدخول دارين لا يقع بإحداهما وهو لا يملك تغيير شرط اليمين بعد السكوت، ولأن في هذا توسيعاً على نفسه فلا يجوز بعد السكوت كالاستثناء والله عز وجل أعلم.

وأما بيان أعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق فالشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق لا سبيل إلى حصرها لكثرتها لتعلقها باختيار الفاعل فنذكر القدرَ الذي ذكره أصحابنا في كتبهم، والمذكور من الشروط في كتبهم نوعان: أفعال حسية، وأمور شرعية.

أما النوع الأول: فالدخول والخروج، والكلام، والإظهار، والإفشاء، والإعلام والكتم والإسرار والإخفاء والبشارة والقراءة ونحوها، والأكل والشرب والذوق، والغداء والعشاء، واللبس والسكنى، والمساكنة، والإيواء والبيتوتة، والاستخدام، والمعرفة، وقبض الحق، والاقتضاء، والهدم، والضرب والقتل وغيرها.

والنوع الثاني: وهو الحلف على أمور شرعية وما يقع منها على الصحيح والفاسد، وعلى الصحيح دون الفاسد كالعطية، والهبة، والكسوة، والركوب والجلوس، والصدقة، والإعارة، والقرض، والبيع، والإجارة، والشراء، والتزوج، والصلاة، والصوم، وأشياء أخر متفرقة نجمعها في فصل واحد في آخر الكتاب.

والأصل في هذه الشروط: أن يراعى فيها لفظ الحالف في دلالته على المعنى لغة وما يقتضيه من الإطلاق والتقييد والتعميم والتخصيص إلا أن يكون معاني كلام الناس بخلافه فيحمل اللفظ عليه ويكون ذلك حقيقة عرفية وأنها تقضي على الحقيقة الوضعية.

والأصل فيه: ما روي أن رجلاً جاء إلى ابن عباس رضي الله عنهما وقال: إن صاحباً لنا مات وأوصى ببدنة أفتجزى عنه البقرة فقال ابن عباس رضي الله عنهما ممن صاحبكم، فقال: «السائلُ مِنْ بني رباح، فقال ابن عباس رضي الله عنهما متى اقتنت بنو رباح البقر إنما البقر للأزد وذهب وَهْمُ صاحبكم إلى الإبل»[1] فهذا الحديث أصلٌ أصيلٌ في حمل مطلق الكلام على ما يذهب إليه أوهام الناس، ولأن العرف وضع طارىء على الوضع الأصلي والاصطلاح جار من أهل اللغة فالظاهر أن المتكلمَ يقصد بكلامه ذلك فيحمل عليه مطلق اللفظ وبهذا يبطل قول الشافعي أن الأيمانَ محمولةٌ على الحقائق.

يؤيد ما قلنا: أن الغريم يقول لغريمه والله لأَجُرَّنَّكَ في الشوك يريد به شدةَ المطل دون الحقيقة.

وقول مالك: الأيمان محمولة على ألفاظ القرآن غير سديد أيضاً بدليل أن من حلف لا يجلس في سراج فجلسَ في الشمس لا يحنث، وإن سمى الله تعالى الشمس سراجاً بقوله عز وجل: ﴿وَجَعَلَ الشمسَ سِراجاً﴾[2]، وكذا من حلف لا يجلس على بساط فجلس على الأرض لا يحنث، وإن سماها الله سبحانه وتعالى في القرآن العظيم بساطاً بقوله عز وجل: ﴿واللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الأرضَ بِسَاطاً﴾[3]، وكذا من حلف لا يمس وتداً فمس جبلاً لا يحنث، وإن سمى الله عز وجل الجبلَ وتداً بقوله تعالى: ﴿والجبالَ أوتاداً﴾[4]، فثبت أن ما قاله مالك غير صحيح والله أعلم.

---

(١) تقدم ذكره.

(٢) سورة نوح، الآية: (١٨).

(٣) سورة نوح، الآية: (١٩).

(٤) سورة النبأ، الآية: (٧).

فصل: أما الحلف على الدخول فالدخول اسم للانفصال من العورة إلى الحصن فإن حلف لا يدخل هذه الدارَ وهو فيها فمكث بعد يمينه لا يحنث استحساناً. والقياس: أن يحنثَ ذكر القياس والاستحسان في «الأصل».

وجه القياس: أن المداومةَ على الفعل حكم إنشائه كما في الركوب واللبس بأن حلف لا يركبَ ولا يلبسَ وهو راكب ولابس فمكث ساعةً أنه يحنث لما قلنا كذا هذا.

وجه الاستحسان: الفرق بين الفصلين وهو أن الدوام على الفعل لا يتصور حقيقة، لأن الدوامَ هو البقاء والفعل المحدث عرض والعرض مستحيل البقاء فيستحيل دوامه وإنما يراد بالدوام تجدد أمثاله، وهذا يوجد في الركوب واللبس ولا يوجد في الدخول، لأنه اسم للانتقال من العورة إلى الحصن والمكث قرار فيستحيل أن يكون انتقالاً. يحققه أن الانتقال حركة والمكث سكون وهما ضدان.

والدليل على التفرقة بين الفصلين أنه يقال: ركبت أمسَ واليومَ ولبست أمسَ واليومَ من غير ركوب ولبس مبتدأ، ولا يقال دخلت أمس واليوم إلا لدخول مبتدأ، وكذا من دخل داراً يومَ الخميس ومكث فيها إلى يوم الجمعة فقال والله ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة بر في يمينه لذلك افترقا، ولو حلف لا يركب أو لا يلبس وهو راكب أو لابس فنزل من ساعته أو نزع من ساعته لا يحنث عندنا خلافاً لزفر.

وجه قوله: أن شرطَ حنثه الركوبُ واللبسُ وقد وجد منه بعد يمينه وإن قل.

ولنا: أن ما لا يقدر الحالف على الامتناعِ من يمينه فهو مستثنى منه دلالة لأن قصدَ الحالف من الحلف البر والبر لا يحصل إلا باستثناء ذلك القدر، وسواء دخل تلك الدارَ ماشياً أو راكباً، لأن اسمَ الدخول ينطلق على الكل.

ألا ترى أنه يقال دخلت الدارَ ماشياً ودخلتها راكباً، ولو أمر غيرَه فحمله فأدخله حنث، لأن الدخول فعل لا حقوق له فكان فعل المأمور مضافاً إليه كالذبح والضرب ونحو ذلك على ما نذكره إن شاء الله تعالى في موضعه، وإن احتمله غيره فأدخله بغير أمره لم يحنث، لأن هذا يسمى إدخالاً لا دخولاً لما ذكرنا أن الدخولَ انتقال والإدخال نقل، ولم يوجد ما يوجب الإضافة إليه وهو الأمر، وسواء كان راضياً بنقله أو ساخطاً، لأن الرضا لا يجعل الفعل مضافاً إليه فلم يوجد منه الشرط وهو الدخول، وسواء كان قادراً على الامتناع أو لم يكن قادراً عليه عند عامة مشايخنا.

وقال بعضهم: إن كان يقدر على الامتناع فلم يمتنع يحنث لأنه لما لم يمتنعْ مع القدرة كان الدخول مضافاً إليه، والصحيح قول العامة لأنه لم يوجد منه الدخول حقيقة وامتناعه مع القدرة إن جاز أن يستدل به على رضاه بالدخول لكن الرضا يكون بالأمر وبدون الأمر لا يكفي لإضافة الفعل إليه فانعدم الدخول حقيقة وتقديراً، وسواء دخلها من بابه أو من غيره، لأنه جعل شرطَ الحنث مطلقَ الدخول وقد وجد، ولو نزل على سطحها حنث، لأن سطح الدار من الدار إذ الدار اسم لما أحاط به الدائرة والدائرة أحاطت بالسطح.

وكذا لو أقام على حائط من حيطانها، لأن الحائطَ مما تدور عليه الدائرة فكان كسطحها، ولو قام على

ظلة لها شارعة أو كنيف شارع، فإن كان مفتح ذلك إلى الدار يحنث وإلا فلا، لأنه إذا كان مفتحه إلى الدار يكون منسوباً إلى الدار فيكون من جملة الدار وإلا فلا.

وإن قام على أسكفة الباب فإن كان الباب إذا أغلق كانت الاسكفة خارجةً عن الباب لم يحنث لأنه خارج وإن كان أغلقَ الباب كانت الأسكفة داخلةَ الباب حنث لأنه داخل لأن البابَ يغلق على ما في داخل الدار لا على ما في الخارج، وإن أدخل الحالف إحدى رجليه ولم يدخل الأخرى لم يحنث، لأنه لم ينتقل كله بل بعضه.

وقد روي عن بريدة رضي الله عنه أنه قال كنت مع النبي ﷺ في المسجد فقال لي: «**إني لأعلمُ آيةً لم تنزل على نبي بعدَ سليمانَ بنِ داودَ عليه الصلاة والسلام إلا عليَّ فقلتُ وما هي يا رسولَ الله، فقال لا أخرجُ من المسجد حتى أُعلمكها؛ فلما أخرجَ إحدى رجليه، فقلتُ في نفسي لعلّه قد نسي فقال لي بِمَ نَفْتَتِحُ القراءةَ، فقلت: ببسم الله الرحمن الرحيم، فقال** ﷺ: **هي هي**»[١]، فلو كان هذا القدر خروجاً لكان تأخير التعليم إليه خلفاً في الوعد ولا يتوهم ذلك بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام، ودل الحديث على أن التسمية آيةٌ من القرآن، لأن النبي ﷺ سماها آيةً.

ومن أصحابنا من قال موضوع هذه المسألة في دار داخلها وخارجها سطح واحد، فإن كانت الدار منهبطة فأدخل إليها إحدى رجليه حنث، لأن أكثره حصل فيها وللأكثر حكم الكل، فإن أدخل رأسه ولم يدخل قدميه أو تناول منها لم يحنث لأن ذلك ليس بدخول.

ألا ترى أن السارقَ لو فعل ذلك لا يقطع، ولو حلف لا يدخل داراً فدخل خراباً قد كان داراً وذهب بناؤها لا يحنث، ولو كانت حيطانها قائمة فدخل يحنث ولو عَيَّنَ فقال أدخل هذه الدارَ فذهب بناؤها لا يحنث، ولو كانت حيطانها قائمة ودخل يحنث ولو عين فقال لا أدخل هذه الدارَ فذهب بناؤها بعد يمينه ثم دخلها يحنث في قولهم، لأن قولَه داراً وإن ذكر مطلقاً لكن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهي الدار المبنية فيراعى فيه الاسم والصفة وهي البناء، لأنه جار مجرى الصفة فما لم يوجد لا يحنث.

وقوله هذه الدار إشارة إلى المعين الحاضر فيراعى فيه ذات المعين لا صفته لأن الوصف للتعريف والإشارة كافية للتعريف وذات الدار قائمة بعد الانهدام لأن الدار في اللغة اسم لِلْعَرَصَةِ والعرصة قائمة، والدليل على أن الدارَ اسم للعرصة بدون البناء قول النابغة[٢]:

يا دارَ ميةَ بالعلياء فالسندُ ... أقوت فطالَ عليها سالف الأبدِ
ألا أواري لأياً ما أبينها ... والنؤى كالحوضِ بالمظلومة الجلدِ

سماها داراً بعدما خلت من أهلها وخربت ولم يبق فيها الأواري والنؤى ولو أعيد البناءُ فدخلها يحنث، أما في المعين فلا شك فيه، لأنه لو دخلها بدون البناء يحنث فمع البناء أولى، وأما في المنكر فلوجود الاسم والصفة وهي البناء وإن بنيت مسجداً أو حماماً أو بستاناً فدخله لا يحنث لأن اسم الدار قد بطل.

---

(١) أخرجه ابن أبي حاتم في «تفسيره» كما في «تفسير ابن كثير» لكن قال: «إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم».
(٢) هو زياد بن معاوية أحد فحول الشعراء: وقد تقدمت ترجمته.

ألا ترى أنه لا يسمى داراً فبطلت اليمين، ولو أعادها داراً فدخلها لا يحنث لأنها غيرُ الدار الأولى.

وعن أبي يوسفَ: إذا قال والله لا أدخل هذا المسجدَ فهدم فصار صحراء ثم دخله فإنه يحنث قال هو مسجد وإن لم يكن مبنياً ولأن المسجدَ عبارة عن موضع السجود وذلك موجود في الخراب، ولهذا قال أبو يوسف أن المسجدَ إذا خرب واستغنى الناس عنه أنه يبقى مسجداً إلى يوم القيامة.

ولو حلف لا يدخل هذا البيت أو بيتاً فدخله بعدما انهدم ولا بناء فيه لا يحنث، لأن البيتَ اسم مشتق من البيتوتة سمي بيتاً، لأنه يبات فيه ولا يبات إلا في البناء، ولهذا تُسمِّي العربُ الأخبيةَ بيوتاً فصار البناء فيه في حق استحقاق الاسم ملتحقاً بذات المسمى كاسم الطعام للمائدة والشراب للكأس والعروس للأريكة فيزول الاسم بزواله، ولو بنى بيتاً آخر فدخله لا يحنث أيضاً في المعين لأن المعادَ عينٌ أُخرَى غيرُ الأوَّلِ فلا يحنث بالدخول فيه وفي غير المعين يحنث لوجود الشرط وهو دخول البيت، ولو انهدم السقف وحيطانه قائمة فدخله يحنث في المعين ولا يحنث في المنكَّر، لأن السقفَ بمنزلة الصفة فيه وهي في الحاضر لغو وفي الغائب معتبرة.

ولو حلف لا يدخل في هذا الفسطاط وهو مضروب في موضع فقلع وضرب في موضع آخر فدخل فيه يحنث، وكذلك القبة من العيدان ونحوه، وكذلك درج من عيدان بدار أو منبر، لأن الاسم في هذه الأشياء لا يزول بنقلها من مكان إلى مكان: ومن هذا الجنس من حيث المعنى إذا حلف لا يجلس إلى هذه الأسطوانة أو إلى هذا الحائط فهدما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث، لأن الحائط إذا هدم زال الاسم عنه، وكذا الأسطوانة فبطلت اليمين، وكذا إذا حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم بزاه فكتب به، لأن غير المبريّ لا يسمى قلماً وإنما يسمى أنبوباً فإذا كسر فقد زال الاسم فبطلت اليمين.

وكذلك إذا حلف على مقص فكسره ثم جعله مقصاً غير ذلك، لأن الاسمَ قد زال بالكسر.

وكذلك كل سكين وسيف وقِدْرٍ كُسِرَ ثم صنع مثله ولو نَزع مسمارَ المقص ولم يكسره ثم أعاد فيه مسماراً آخر حنث لأن الاسم لم يزُل بزوال المسمار، وكذلك إذا نزع نصابَ السكين وجعل عليه نصاباً آخر، لأن السكين اسم للحديد.

ولو حلف على قميص لا يلبسه أو قباءً محشواً أو مبطناً أو جبةً مبطنةً أو محشوةً أو قلنسوةً أو خفين فنقض ذلك كلّه ثم أعاده يحنث، لأن الاسم بقي بعد النقض يقال قميص منقوض وجبة منقوضة. واليمين المنعقدة على العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقاء اسم العين.

وكذلك لو حلف لا يركب هذا السرج ففتقه ثم أعاده، ولو حلف لا يركب هذه السفينة فنقضها ثم استأنف بذلك الخشب فركبها لا يحنث، لأنها لا تسمى سفينة بعد النقض وزوالُ الاسم يُبطل اليمين.

ولو حلف لا ينام على هذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه بحشو وخاطه ونام عليه حنث، لأن فتقَ الفراش لا يُزيل الاسم عنه.

ولو حلف لا يلبس شقةَ خَزٍّ بعينها فنقضها وغزلت وجعلت شقة أخرى لم يحنث، لأنها إذا نقضت صارت خيوطاً وزال الاسم عن المحلوف عليه.

ولو حلف على قميص لا يلبسه فقطعه جبة محشوة فلبسه لا يحنث، لأنَّ الاسمَ قد زال فزالت اليمين.

ولو حلف لا يقرأ في هذا المصحف فخلعه ثم لف ورقَه وغرز دُفَّتَيْهِ ثم قرأ فيه يحنث، لأن اسمَ المصحف باق وإن فرق.

ولو حلف على نعل لا يلبسها فقطع شراكها وشركها بغيره ثم لبسها حنث لأن اسم النعل يتناولها بعد قطع الشراك.

ولو حلفت امرأة لا تلبس هذه الملحفة فخيط جانباها فجعلت درعاً وجعل لها جيباً ثم لبستها لم تحنث لأنها درع وليست بملحفة فإن أعيدت ملحفةً فلبستها حنثت لأنها عادت ملحفةً بغير تأليف ولا زيادة ولا نقصان فهي على ما كانت عليه.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل حلف لا يدخل هذا المسجدَ فزيد فيه طائفة فدخلها لم يحنث، لأن اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها، ولو قال مسجد بني فلان ثم زيد فيه فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث، وكذلك الدار لأنه عقد يمينه على الإضافة وذلك موجود في الزيادة.

ولو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو بيعةً أو كنيسةً أو بيت نار أو دخل الكعبةَ أو حماماً أو دِهْلِيزاً أو ظلةَ بابِ دارٍ لا يحنث، لأن هذه الأشياء لا تسمى بيتاً على الإطلاق عرفاً وعادة، وإن سمى الله عز وجل الكعبةَ بيتاً في كتابه في قوله تعالى: ﴿إن أولَ بيتٍ وُضعَ للناس لِلَّذِي بِبَكَّةَ﴾[1] وسمى المساجد بيوتاً حيث قال تعالى: ﴿في بيوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أن تُرفعَ ويُذكرَ فيها اسمُه﴾[2] لأن مبنى الإيمان على العرف والعادة لا على نفس إطلاق الاسم.

ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث، وإن سماه الله تعالى لحماً في كتابه الكريم بقوله عز وجل: ﴿لِتَأكُلُوا منه لحماً طرياً﴾[3] لمَّا لم يسمَ لحماً في عرف الناس وعاداتهم كذا هذا.

وقيل: الجواب المذكور في مثل الدهليز في دهليز يكون خارجَ باب الدار، لأنه لا يبات فيه، فإن كان داخل البيت وتمكن فيه البيتوتة يحنث، والصحيح ما أطلق في الكتاب، لأن الدهليز لا يبات فيه عادة، سواء كان خارج الباب أو داخله، ولو دخل صُفَّةً يحنث كذا ذكر في الكتاب.

وقيل: إنما وضع المسألة على عادة أهل الكوفة لأن صفافهم تغلق عليها الأبواب فكانت بيوتاً لوجود معنى البيت وهو ما يبات فيه عادة، ولذا سمي ذلك بيتاً عُرفاً وعادة، فأما على عادة أهل بلادنا فلا يحنث لانعدام معنى البيت وانعدام العرف والعادة والتسمية أيضاً.

---

(١) سورة آل عمران، الآية: (٩٦).

(٢) سورة النور، الآية: (٣٦).

(٣) سورة النحل، الآية: (١٤).

ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب فإن نقب للدار باباً آخر فدخل يحنث، لأنه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب إلى الدار وقد وجد، والباب الحادث كذلك فيحنث وإن عنى به الباب الأول يُدَيَّنُ فيما بينه وبين الله تعالى، لأن لفظه يحتمله ولا يدين في القضاء، لأنه خلافَ الظاهر حيث أراد بالمطلق المقيدَ، وإن عين الباب فقال: لا أدخل من هذا الباب فدخل من باب آخر لا يحنث، وهذا مما لا شك فيه، لأنه لم يوجد الشرط.

ولو حلف لا يدخل دارَ فلان فدخل داراً يسكنها فلان بملك أو إجارة أو إعارة فهو سواء يحنث في يمينه، ذكر ذلك أبو يوسف وذكر محمد في «**الأصل**» وضع المسألة في المستأجر، وهذا قول أصحابنا.

وقال الشافعي[1]: لا يحنث.

وجه قوله: أن قوله دار فلان إضافة ملك إذ الملك في الدار للآجر وإنما المستأجرُ ملكَ المنفعةَ فلا يتناوله اليمين.

ولنا: أن الدارَ المسكونةَ بالإجارة والإعارة تضاف إلى المستأجر والمستعير عرفاً وعادة، والدليل عليه أيضاً ما روي عن رسول الله ﷺ: «**أنه مَرَّ بحائط فأعجبه فقال لِمَنْ هَذَا فقالَ رافعُ بن خديج لي يا رسولَ اللّـهِ استأجرتُهُ**»[2]، أضافه إلى نفسه ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ فقد ثبتت الإضافة عرفاً وشرعاً فأما إذا حلف لا يدخل داراً لفلان فدخل داراً له قد آجرها لغيره.

قال محمد: يحنث، لأنه حلف على دار يملكها فلان والملك له سواء كان يسكنها أو لا يسكنها.

وروى هشام عن محمد أنه لا يحنث لأنها تضاف إلى الساكن بالسكنى فسقط إضافة الملك، والجواب أنه غير ممتنع أن تضاف دار واحدة إلى المالك بجهة الملك وإلى الساكن بجهة السكنى لأنه عند اختلاف الجهة تذهب الاستحالة.

فإن قال: لا أدخل حانوتاً لفلان فدخل حانوتاً له قد آجره فإن كان فلان ممن له حانوت يسكنه فإنه لا يحنث بدخول هذا الحانوت لأنه يضاف إلى ساكنه ولا يضاف إلى مالكه، وإن كان المحلوف عليه لا يعرف بسكنى حانوت يحنث لأنا نعلم أنه أرادَ به إضافة الملك لا إضافة السكنى كما يقال: حانوت الأمير، وإن كان لا يسكنها الأمير.

وإن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً بين فلان وبين آخر، فإن كان فلان فيها ساكناً حنث، وإن لم يكن ساكناً لا يحنث، لأنه إذا كان ساكناً فيها كانت مضافة إليه بالسكنى، وإن لم يملك شيئاً منها فإذا ملك نصفها أولى، وإذا لم يسكن فيها كانت الإضافة إضافةَ الملك والكل غير مضاف إليه، وفرق بين هذا وبين ما إذا حلف لا يزرع أرضاً لفلان فزرع أرضاً بينه وبين غيره أنه يحنث، لأن كل جزء من الأرض يسمى أرضاً وبعض الدار لا يسمى داراً.

---

(١) انظر «الأم» (٧/ ٦٢).

(٢) سيأتي تخريجه في الإجارة.

ولو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل داره وفلان فيها ساكن لا يحنث حتى يدخل البيت، لأن البيتَ اسم لموضع يبات فيه عادةً ولا يبات في صحن الدار عادةً، فإن نواه يصدق لأنه شدد على نفسه.

وقال ابن رستم: قال محمد في رجل حلف لا يدخل دارَ رجل بعينه مثل دار عمرو بن حُرَيْثٍ وغيرها من الدور المشهورة بأربابها فدخل الرجل، وقد كان باعها عمرو بن حريث أو غيره ممن تنسب قبل اليمين إليه، ثم دخلها الحالف بعد ذلك حنث، لأن الدور المشهورة إنما تضاف إلى أربابها على طريق النسبة لا على طريق الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين، وإن كانت هذه اليمين على دار من هذه الدور التي ليست لها نسبة تعرف بها لم يحنث في يمينه، لأنه يراد بهذه الإضافة الملك لا النسبة فإذا زال الملك زالت الإضافة.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل حلف لا يدخل هذه الحجرة فكسرت الحجرة فدخلها بعدما كسرت لا يحنث وليست الحجرة كالدار، لأن الحجرةَ اسم لما حجر بالبناء، فكان كالبيت فإذا انهدمت فقد زال الاسم.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل حلف لا يدخل دار فلان فصعد السطح يحنث، لأن سطح الدار منها إلا أن يكون نوى صحنَ الدار فلا يحنث فيما بينه وبين الله، لأنهم قد يذكرون الدارَ ويريدون به الصحنَ دون غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه.

ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه حنث، لأن سطح المسجد من المسجد، ألا ترى لو انتقل المعتكف إليه لا يبطل اعتكافه، فإن كان فوق المسجد مسكن لا يحنث، لأن ذلك ليس بمسجد، ولو انتقل المعتكف إليه بطل اعتكافه ولو حلف لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً.

قال ابن سماعة روى عن أبي يوسف: أنه إن دخل وهو لا يريد الجلوس فإنه لا يحنث لأنه عقد يمينه على كل دخول واستثنى دخولاً بصفة وهو ما يقصد به الاجتياز، وقد دخل على الصفة المستثناة، فإن دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده حنث، لأنه دخل لا على الصفة المستثناة، فإن دخل لا يريد الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس لا يحنث، لأنه لم يحنث حين دخوله لوجوده على الوصف المستثنى ولم يوجد الدخول بعد ذلك إذ المكث ليس بدخول فلا يحنث، وذكر في «**الأصل**» إذا حلف لا يدخل هذه الدارَ إلا عابرَ سبيل فدخلها ليقعد فيها أو ليعود مريضاً فيها أو ليطعم فيها ولم يكن له نية حين حلف فإنه يحنث ولكن إن دخلها مجتازاً ثم بدا له فقعد فيها لم يحنث، لأن عابرَ السبيل هو المجتاز فإذا دخلها لغير اجتياز حنث، قال: إلا أن ينوي لا يدخلها يريد النزولَ فيها، فإن نوى ذلك فإنه يسعُه، لأنه قد يقال دخلتُ عابرَ سبيل بمعنى أني لم أدُمْ على الدخول ولم أستقر فقد نوى ما يحتمله كلامه.

ولو حلف لا يطأ هذه الدار بقدمه فدخلها راكباً يحنث، لأنه قد يراد به الدخول في العرف لا مباشرة قدمه الأرض، ألا ترى أنه لو كان في رجله حذاء نعل يحنث فعلم أن المراد منه الدخول.

وإن حلف لا يضع قدمه في هذه الدار فدخلها راكباً حنثَ، لأن وضعَ القدم في عرف الاستعمال صار عبارة عن الدخول، فإن كان نوى أن لا يضع قدمه ماشياً فهو على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه فيصدق،

وكذلك إذا دخلها ماشياً وعليه حذاء أو لا حذاء عليه لما قلنا. وروى هشام عن محمد فيمن حلفَ لا يدخل هذه الدارَ فدخل حانوتاً مشرعاً من هذه الدار إلى الطريق وليس له باب في الدار فإنه يحنث لأنه من جملة ما أحاطت به الدائرة.

قال هشام: وسألت أبا يوسف إن دخل بستاناً في تلك الدار قال: لا يحنث وهذا محمول على بستان متصل بالدار، فإن كان في وسط الدار يحنث لإحاطة الدائرة به، هكذا روي عن محمد.

وقال ابن سماعة في «**نوادره**» عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سرباً فبلغ داره وحفر تحت دار فلان حتى جاوزها فدخل الحالف ذلك السرب حتى مضى فيه تحت دار فلان فإنه لا يحنث إلا أن يكون من هذه القناة مكان مكشوف إلى الدار يستقي منه أهل الدار فدخل الحالف القناة فبلغ ذلك المكشوف فيحنث وإن لم يبلغ لم يحنث، وإن كان المكشوف شيئاً قليلاً لا ينتفع به أهل الدار وإنما هو للضوء فمر الحالف بالقناة حتى بلغ الموضع فليس بحانث، لأن القناة تحت الدار إذا لم يكن لها منفذ لا تعد من الدار، لأن المقصود من دخول داره، إما كرامة، وإما هتك حرمة وذاك لا يوجد فيما لا منفذ له، وإذا كان لها منفذ يستقي منه الماءُ فإنه يعد من مرافق الدار بمنزلته بئر الماء، فإذا بلغ إليه كان كمن دخل في بئر داره وإذا كان لا ينتفع به إلا للضوء لا يكون من مرافق الدار فلا يصير بدخوله داخلاً في الدار فلا يحنث.

ولو دخل فلان سرباً تحت داره وجعله بيوتاً وجعل له أبواباً إلى الطريق فدخلها رجل حلف لا يدخل دار فلان فهو حانث، لأن السرب تحت الدار من بيوت الدار، ولو عمد فلان إلى بيت من داره أو بيتين فسد أبوابَهما من قبل داره وجعل أبوابَهما إلى دار الحالف فدخل الحالف هذين البيتين فإنه لا يحنث لأنه لما جعل أبوابهما إلى دار الحالف فقد صارت منسوبة إلى الدار الأخرى.

وقال ابن سماعة في السرب: إذا كان بابه إلى الدار ومحتفره في دار أخرى أنه من الدار التي مدخلُه إليها وبابه إليها لأنه بيت من بيوتها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يدخل بغداد فانحدر من الموصل في سفينة فمر بدجلة لا يحنث، فإن خرج فمضى فمشى على الجسر حنث، وإن قدم إلى الشط ولم يخرج لم يحنث ولم يكن مقيماً إن كان أهله ببغداد، وإن خرجَ إلى الشط حنث.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا انحدر في سفينة من الموصل إلى البصرة فمر في شط الدجلة فهو حانث فصارت المسألة مختلفة بينهما.

وجه قول محمد: أن الدجلة من البلد بدليل أنه لو عُقد عليها جسرٌ كانت من البلد فكذا إذا حصل في هذا الموضع في سفينة.

ولأبي يوسف: أن موضع الدجلة ليس موضع قرار فلا يكون مقصوداً بعقد اليمين على الدخول فلا تنصرف اليمين إليه.

قال بشر عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار ولم تعطيني ثوب كذا فأنت طالق

فدخلت الدار ثم أعطته الثوب بعد ذلك، فإن الطلاق يقع عليها، وإن كانت أعطته الثوب قبل أن تدخل لم يقع عليها الطلاق لأنه جعل شرطَ وقوعِ الطلاق دخولَها الدارَ لا على صفة الإعطاء وهو أن لا يكون الزوج معطىً حال الدخول، لأن هذه الواو للحال بمنزلة قوله: إن دخلت الدار وأنت راكبة أنه يعتبر كونها راكبة حال الدخول ولا يعتبر الركوب بعده كذا هذا.

وكذلك لو قال: إن خرجت ولم تأكلي أو خرجت وليس عليك إزار أو خرجت ولم تتخمري لما قلنا.

ولو قال لها: إن لم تعطني هذا الثوب ودخلت هذه الدار فأنت طالق ولا نية له فإن الطلاق لا يقع عليها حتى يجتمع الأمران جميعاً وهو أن لا تعطيه الثوب إلى أن يموت أحدهما أو يهلك الثوب وتدخل الدار، فإذا اجتمع هذان وقع الطلاق وإلا فلا، لأنه جعل تركَ العطية والدخولَ جميعاً شرطاً لوقوع الطلاق، لأن قوله: ودخلت الدار شرط معطوف على ترك العطية، وليس بوصف له فيتعلق وقوع الطلاق بوجودهما ثم لا يتحقق الترك إلا بموت أحدهما أو بهلاك الثوب فإذا ماتَ أحدهما أو هلكَ الثوب ودخلت الدارَ فقد وجد الشرطان فيحنث.

ولو قال: والله لا تدخلينَ هذه الدار ولا تعطيني هذا الثوبَ فأيهما فعلت حنث، لأن كلمة النفي دخلت على كل واحد منهما على الانفراد فيقتضي انتفاء كل واحد منهما على الانفراد كما في قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الحَجِّ﴾[1] ومن هذا الجنس ما روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم غيرَ لحم فاشترى بنصفه لحماً وبنصفه خبزاً يحنث استحساناً ولا يحنث في القياس.

وجه القياس: أنه جعل شرط حنثه أن يشتري بجميع الدرهم غير اللحم وما اشترى بجميعه بل ببعضه فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث.

وجه الاستحسان: أن مبنى الأيمان على العادة وعادة الناس أنهم يريدون بمثل هذا الكلام أن يشتري الحالف بجميع الدرهم اللحم ولم يشتر بجميعه اللحم فيحنث فإن كان نوى أن لا يشتري به كله غير اللحم لم يحنث ويدين في القضاء، لأنه نوى ظاهر كلامه فيصدق.

ولو قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم إلا لحماً فلا يحنث حتى يشتري بالدرهم كله غير لحم، وهذا يؤيد وجه القياس في المسألة الأولى لأن «إلاّ» وغير، كلاهما من ألفاظ الاستثناء وأنا أقول: قضية القياس هذا في المسألة الأولى، ألا يرى أنه لو نوى أن يشتري به كله غير اللحم صدق في القضاء لأنا تركنا هذا القياس هناك للعرف والعادة ولا عرف ههنا يخالف القياس فعمدنا للقياس فيه.

ولو قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم إلا ثلاثة أرطال لحم فاشترى ببعض الدرهم لحماً أقل من ثلاثة أرطال وببقيته غير لحم حنث، لأن قوله والله لا أشتري بهذا الدرهم يقع على كل شراء بهذا الدرهم ثم استثنى من هذه الجملة شراءً بصفة وهو أن يشتري به ثلاثة أرطال ولم يوجد فلم يوجد المستثنى فبقي ما شراه داخلاً في اليمين فيحنث به، ومن هذا القبيل ما إذا قال لرجلين: والله لا تبيتان إلا في بيت فبات أحدهما في

(١) سورة البقرة، الآية: (١٩٧).

بيت والآخر في بيت آخر حنث، لأنه جعل شرط حنثه بيتوتتهما جميعاً في غير بيت واحد وقد باتا في غير بيت واحد لأنهما باتا في بيتين فوجد شرط الحنث فهو الفرق.

وذكر محمد في «**الجامع**» في رجل قال: إن كنت ضربت هذين الرجلين إلا في دار فلان فعبدي حر وقد ضرب واحداً منهما في دار فلان وواحداً في غيرها فإنه لا يحنث لأنه جعل شرط حنثه ضربهما في غير دار فلان ولم يوجد.

ولو قال: إن لم أكن ضربته هذين السوطين في دار فلان فعبدي حر والمسألة بحالها حنث لأن شرط الحنث أن يجتمع الشرطان في دار فلان ولم يجتمعا فيحنث ولو حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بيته فإن قصده بالدخول يحنث وإن لم يقصده لا يحنث، وكذلك إذا دخل عليه بيت غيره وإنما اعتبر القصد ليكون داخلاً عليه، لأن الإنسان إنما يحلف أن لا يدخل على غيره استخفافاً به وتركا لإكرامه عادةً وذا لا يكون إلا مع القصد.

وذكر الكرخي عن ابن سماعة في «نوادره» خلاف هذا فقال في رجل قال: والله لا أدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولم يعلم به الحالف فإنه حانث بدخوله فلم يعتبر القصد للدخول على فلان لاستحالة القصد بدون العلم، ووجهه أنه جعل شرط الحنث الدخول على فلان والعلم بشرط الحنث ليس بشرط في الحنث كمن حلف لا يكلم زيداً فكلمه وهو لا يعرف أنه زيد، وظاهر المذهب ما تقدم، ولو علم أنه فيهم فدخل ينوي الدخول على القوم لا عليه لا يحنث فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه إذا قصد غيره لم يكن داخلاً عليه ولا يصدق في القضاء، لأن الظاهر دخوله على الجماعة وما في اعتقاده لا يعرفه القاضي، فإن دخل عليه في مسجد أو ظلة أو سقيفة أو دهليز دار لم يحنث لأن ذلك يقع على الدخول المعتاد وهو الذي يدخل الناس بعضهم على بعض ولا يكون ذلك إلا في البيوت، فإن دخل عليه في فسطاط أو خيمة أو بيت شعر لم يحنث إلا أن يكون الحالف من أهل البادية لأنهم يسمون ذلك بيتاً، والتعويل في هذا الباب على العرف والعادة.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا حلف لا يدخل على فلان هذه الدار فدخل الدار وفلان في بيت من الدار لا يحنث؛ وإن كان في صحن الدار يحنث لأنه لا يكون داخلاً عليه إلا إذا شاهده.

ألا ترى أن السقا يدخل دار الأمير، ولا يقال إنه دخل على الأمير، وفي الأول شاهده، وفي الثاني لم يشاهده، وكذا لو حلف لا يدخل على فلان هذه القرية أنه لا يكون داخلاً عليه إلا إذا دخل في بيته وتخصيص القرية يمنع وقوع الحنث بالدخول في غيرها.

وقال ابن رستم عن محمد: إذا قال والله لا أدخل على فلان ولم يذكر بيتاً ولا غيره فدخل عليه فسطاطاً أو داراً حنث، وهذا محمول على أن من عادة فلان أن يدخل عليه في الفساطيط، وإن دخل عليه في المسجد أو الكعبة أو الحمام لا يحنث، لأن المقصودَ بهذه اليمين الامتناعُ من الدخول في المواضع التي يكرم الناس بالدخول عليه فيها، وهذا لا يوجد في الحمام والكعبة والمسجد.

قال محمد: ولو دخل على فلان بيته وهو يريد رجلاً غيره يزوره لم يحنث، لأنه لم يدخل على فلانٍ

لمَّا لَم يقصِدْه، وإن لم يكن له نية حنث لأنه يكون داخلاً على كل من في الدار فيحنث، كمن حلف لا يسلم على رجل فسلم على جماعة وهو فيهم ولا نية له.

قال بشر: سمعت أبا يوسفَ يقول فيمن قال لامرأته إن دخلت هذه الدارَ وخرجت منها فأنت طالق فاحتملها إنسان وهي كارهة فأدخلها ثم خرجت من قبل نفسها ثم دخلتها ولم تخرج وقع الطلاق، لأن الواوَ لا تقتضي الترتيب لأنها للجمع المطلق، ولا عادة في تقدم أحد الشرطين على الآخر فيتعلق الطلاق بوجودهما من غير مراعاة الترتيب، وكذلك القيام والقعود والسكوت والكلام والصوم والإفطار ونحو ذلك لما قلنا.

ولو قال لها: إن حضت وطهرت فأنت طالق فطهرت من هذا الحيض ثم حاضت لم يقع الطلاق حتى تطهر، ولا يقع الطلاق في هذا الموضع حتى يتقدم الحيض الطهر.

وكذلك إذا قال لها: إذا حبلت وولدت وهي حبلى، وكذلك إذا قال: إذا زرعت وحصدت لا بد من تقدم الزرع الحصادَ والحملِ الولادة والحيضِ الطهرَ، لأن أحدَ الأمرينِ يتعقب الآخرَ عادةً فلزم مراعاةُ الترتيب بالعادة.

ولو قال لامرأته إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر ولا نية له فطلقها واحدة بائنة ثم تزوجها عتق عبده، لأنها لا تحتمل التزوج للحال لكونها زوجة له وتحتمل الطلاق فيراعى فيه معنى الجمع المطلق لا الترتيب ومتى طلقها وتزوجها فقد جمع بينهما فوجد الشرط.

فصل: وأما الحلف على الخروج فالخروج هو الانفصال من الحصن إلى العورة على مضادة الدخول فلا يكون المكث بعد الخروج خروجاً كما لا يكون المكث بعد الدخول دخولاً لِإنْعِدامِ حده وحقيقته ثم الخروج كما يكون من البلدان والدور والمنازل والبيوت يكون من الأخبية والفساطيط والخِيَمِ والسفن لوجود حده كالدخول والخروج من الدور المسكونة أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما إذا حلف لا يسكن والخروج من البلدان والقرى أن يخرج الحالف ببدنه خاصة، وهذا يشهد لقول من قال من أصحابنا: أن من حلف لا يسكن في بلد فخرج بنفسه دون عياله لا يحنث والتعويل في هذا على العرف فإن من خرج من الدار وأهله ومتاعه فيها لا يعد خارجاً من الدار، ويقال لم يخرج فلان من الدار إذا كان أهله ومتاعه فيها، ومن خرج من البلد يعد خارجاً من الدار، وإن كان أهله ومتاعه فيه.

وقال هشام: سمعت أبا يوسفَ قال إذا قال: والله لا أخرج وهو في بيت من الدار فخرج إلى صحن الدار لم يحنث، لأنّ الدارَ والبيتَ في حكم بقعة واحدة فالحلف على الخروج المطلق يقتضي الخروج منهما جميعاً فما لم يوجد لا يحنث إلا أن تكون نيته أن لا يخرج من البيت فإذا خرج إلى صحن الدار حنث، لأنه نوى ما يحتمله لفظه وهو الانفصال من داخل إلى خارج وفيه تشديد على نفسه.

فإن قال: نويت الخروج إلى مكة أو خروجاً من البلد فإنه لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى تخصيص المكان وهو ليس بمذكور وغير المذكور لا يحتمل نية التخصيص.

وكذلك قال محمد في «**الجامع**» لو قال إن خرجت فعبدي حر، وقال عنيت به السفر إلى بغداد دون ما

سواها لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لما قلنا، وقال هشام سألتُ محمداً عن رجل حلف لا يخرجُ من الريّ إلى الكوفة فخرج من الريّ يريد «مكة» وطريقه على «**الكوفة**».

قال محمد: إن كان حين خرج من الريّ نوى أن يمر بالكوفة فهو حانث وإن كان حين خرج من الريّ نوى أن لا يمرَ بها ثم بدا له بعدَ ما خرج وصار من الريّ إلى الموضع الذي تقصر فيه الصلاة أن يمرَّ بالكوفة فمر بها لم يحنث، لأن النية تعتبر حينَ الخروج، وفي الفصل الأول وُجدت نية الخروج إلى الكوفة، لأنه لما نَوى أن يخرجَ إلى مكةَ ويَمُرَّ فقد نوى الخروجَ إلى الكوفةِ وإلى غيرها فيحنث وفي الفصل الثاني لم توجد النية وقتَ الخروج فلا يحنث، وإن كان نيته أن لا يخرجَ إلى الكوفة خاصة ليست إلى غيرها ثم بدا له الحج فخرج ونوى أن يمرَ بالكوفة، قال محمد: هذا لا يحنث فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه نوى تخصيص ما في لفظه.

وقال ابن سماعة عن أبـي يوسف في رجل قال لامرأته: إن خرجتِ من هذه الدار إلا إلى المسجد فأنت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت إلى غير المسجد لم تطلق، لأنه جعل الخروج إلى المسجد مستثنى من اليمين ولما خرجت تريد المسجد فقد تحقق الخروج إلى المسجد فوجد الخروج المستثنى فبعد ذلك وإن قصدت غير المسجد لكن لا يوجد الخروج بل المكث في الخارج وأنه ليس بخروج لعدم حده فلا يحنث.

وقال عمر بن أسد[1]: سألتُ محمداً عن رجل حلف لَيَخْرُجَنَّ من البلدة ما الخروجُ قال إذا جعل البيوتَ خلف ظهره، لأن من حصل في هذه المواضع جاز له القصر، ولا يجوز له القصر إلا بالخروج من البلد فعلم أنه خرج من البلد قال عمر سألت محمداً عن رجل قال لامرأته إن خرجت في غير حق فأنت طالق فخرجت في جنازة والدها أو أخ لا تطلق، وكذلك كل ذي رحم محرم، وكذلك خروجها إلى العرس أو خروجها فيما يجب عليها، لأن الحق المذكور في هذا الموضع لا يراد به الواجب عادة وإنما يراد به المباح الذي لا مأثم فيه.

ولو قال لها: إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق فخرجت منها من الباب أيِّ بابٍ كان ومن أيِّ موضع كان من فوق حائط أو سطح أو نقب حنث لوجود الشرط وهو الخروج من الدار.

ولو قال: إن خرجت من باب هذه الدار فخرجت من أيِّ باب كان من الباب القديم أو الحادث بعد اليمين حنث لوجود الشرط وهو الخروج من باب الدار. ولا يحنث بالخروج من السطح أو فوق الحائط أو النقب لعدم الشرط ولو عين باباً في اليمين يتعين ولا يحنث بالخروج من غيره، لأن التعيين مقيد في الجملة فيعتبر ولو قال إن خرجت من هذه الدار إلا في أمر كذا فهذا وقوله: إلا بإذني واحد وسنذكره إن شاء الله تعالى.

ولو قال: إن خرجت من هذه الدار مع فلان فأنت طالق فخرجت وحدها أو مع فلان آخر ثم خرج فلان ولحقها لم يحنث، لأن كلمة مع للقران فيقتضي مقارنتها في الخروج ولم يوجد، لأن المكث بعد الخروج

(١) تقدمت ترجمته.

ليس بخروج لانعدام حده، ولو قال إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق فصعدت الصحراءَ إلى بيت علو أو كنيف شارع إلى الطريق الأعظم لا يحنث، لأن هذا في العرف لا يسمى خروجاً من الدار.

ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فخرج منها ماشياً أو راكباً أو أخرجه رجل بأمره أو بغير أمره أو أخرج إحدى رجليه، فالجواب فيه كالجواب في الدخول وقد ذكرناه.

ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج من بلده يريد مكة حنث، لأن خروجه من بيته هو انفصال من داخل بلده إلى خارجه على نية الحج وقد وجد، وقد ذكرنا تفسير خروجه من بلده وهو أن يجعل بيوت بلده خلف ظهره، ولو قال لا آتي مكة فخرج إليها لا يحنث ما لم يدخلها، لأن إتيان الشيء هو الوصول إليه ولو قال لا يذهب إلى مكة فلا رواية فيه.

واختلف المشايخ قال بعضهم: هو والخروج سواء.

وقال بعضهم: هو والإتيان سواء، ولو قال: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني أو بأمري أو بِرِضائي أو بعلمي، أو قال إن خرجت من هذه الدار بغير إذني أو أمري أو رضائي أو علمي فهو على كل مرة عندهم جميعاً، وههنا ثلاث مسائل:

إحداها: هذه.

والثانية: أن يقول: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا أن آذن لك أو آمر أو أعلم أو أرضى.

والثالثة: أن يقول: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى آذن لك أو آمر أو أرضى أو أعلم.

أما المسألة الأولى: فالجواب ما ذكرنا أنّ ذلك يقع على الإذن في كل مرة حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير إذن حنث.

وكذلك لو أذن لها مرة فقبل أن يخرج نهاها عن الخروج ثم خرجت بعد ذلك يحنث وإنما كان كذلك لأنه جعل كل خروج شرطاً لوقوع الطلاق واستثنى خروجاً موصوفاً بكونه ملتصقاً بالإذن، لأن الباء في قوله: إلا بإذني حرف إلْصاق، هكذا قال أهل اللغة ولا بد من شيئين يلتصقان بآلة الإلصاق كما في قولك كتبت بالقلم وضربت بالسيف التصق الضرب بالسيف والكتابة بالقلم وليس ههنا شيءٌ مظهر يلتصق به الإذن فلا بد من أن يضمر كما في قوله: بسم الله أنه يُضمر فيه ابتدىء.

وفي باب الحلف قوله بالله لأفعلن كذا أنه يضمر فيه أقسم لتكون الباء ملصقة للاسم بقوله: ابتدىء واسم الله في باب الحلف بقوله: أقسم بالله ولا بد لكل مضمر من دليل عليه إما حال وإما لفظ مذكور، لأن الوصولَ إلى ما خفيَ غير ممكن إلا بواسطة الحال ولا حال ههنا يدل على إضمار شيء فأضمرنا ما دل عليه اللفظ المذكور في صدر الكلام، وهو قوله: إن خرجت وليس ذلك إلا الخروج فصار تقدير الكلام إن خرج فلان من هذه الدارِ خروجاً إلا خروجاً بإذني والمصدر الأول في موضع النفي فيعم فيصح استثناء الثاني منه، لأنه بعض المستثنى منه وهو خروج موصوف بصفة الالتصاق بالإذن فقد نفى كل خروج واستثنى خروجاً موصوفاً بكونه ملتَصِقاً بالإذن فبقي كل خروج غير موصوف بهذه الصفة تحت المستثنى منه وهو الخروج

العام الذي هو شرط وقوع الطلاق فإذا وجد خروج اتصل به الإذن لم يكن شرطاً لوقوع الطلاق وإذا وجد خروج غير متصل به الإذن كان شرطاً لوقوع الطلاق كما إذا قال لها أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا بملحفة إن كل خروج يوصف بهذه الصفة وهو أن يكون بملحفة يكون مستثنى من اليمين فلا يحنث به وكل خروج لا يكون بهذه الصفة يبقى تحت عموم اسم الخروج فيحنث به كذا هذا.

فإن أراد بقوله: «إلا بإذني» مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء إيضاً في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، ورُوِيَ أيضاً عنه أنه لا يدين في القضاء، لأنه نوى خلاف الظاهر لأن ظاهر هذا الكلام يقتضي تكرار الإذن في كل مرة لما بينا.

وجه ظاهر الرواية: أن تكرار الإذن ما ثبت بظاهر اللفظ وإنما ثبت بإضمار الخروج، فإذا نوى مرة واحدة فقد نوى ما يقتضيه ظاهر كلامه فيصدق، ثم في قوله: إلا بإذني لو أرادَ الخروج لا يحنث وتقدر المرأة على الخروج في كل وقت من غير حنث فالحيلة فيه أن يقول الزوج لها أذنت لك أبداً أو أذنت لك الدهر كله أو كلما شئت الخروج فقد أذنت لك.

وكذلك لو قال أذنت لك عشرة أيام فدخلت مراراً في العشرة لا يحنث فلو أنه أذن لها إذناً عاماً ثم نهاها عن الخروج هل يعمل نهيه، قال محمد: يعمل نهيه ويبطل إذنه حتى أنها لو خرجت بعد ذلك بغير إذنه يحنث، وقال أبو يوسف لا يعمل فيه نهيه ورجوعه عن الإذن.

وجه قول محمد: أنه لو أذن لها مرة ثم نهاها صح نهيه حتى لو خرجت بعد النهي يحنث فكذا إذا أذن لها في كل مرة وجب أن يعمل نهيه ويرتفع الإذن بالنهي، وجه قول أبي يوسف إن الإذن الموجود على طريق العموم في الخرجات كلها مما يبطل الشرط، لأن شرط وقوع الطلاق الخروج الذي ليس بموصوف بكونه ملتصقاً بالإذن، وهذا لا يتصور بعد الإذن العام، لأن كل خروج يوجد بعده لا يوجد إلا ملتصقاً بالإذن فخرج الشرط من أن يكون متصور الوجود ولا بقاء لليمين بدون الشرط كما لا بقاء لها بدون الجزاء لأنها تتركب من الشرط والجزاء فلم يبق اليمين فوجد النهي العام ولا يمين فلم يعمل بخلاف الإذن الخاص بمرة واحدة ثم النهي عنها، لأن هناك بالإذن بالخروج مرة لم ترتفع اليمين فجاء النهي واليمين باقية فصح النهي.

وأما المسألة الثانية: فجوابها أن ذلك على الإذن مرة واحدة حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير إذن لا يحنث، وكذا إذا أذن لها مرة ثم نهاها قبل أن تخرج ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث، لأن كلمة «حتى» كلمة غاية وهي بمعنى إلى وكلمة «إلى» كلمة انتهاء الغاية فكذا كلمة «حتى».

ألا ترى أنه لا فرق بين قوله: حتى آذن، وبين قوله؛ إلى أن آذن، ومعنى قوله: حتى أن آذن، وكلمة «أن» مضمرة، لأن «حتى» لما كانت من عوامل الأسماء وما كان من عوامل الأسماء لا يدخل الأفعال البتة فلم يكن بد من إضمار «أن» لتصير هي بالفعل الذي هو صلتها بمنزلة المصدر تقول أحب أن تقوم أي أحب قيامك فيكون قوله: «حتى آذن» أي حتى اذني، وهو قوله: إلى إذني، ولهذا ادخلوا كلمة «أن» بعد إلى، فقالوا إلى أن آذن إلا أن هناك اعتادوا الإظهار مع إلى، وههنا مع حتى اعتادوا الإضمار، وإذا كان كذلك صار وجود الإذن منه غاية لحظر الخروج والمضروب له الغايةَ ينتهي عند وجود الغاية فينتهي حظر الخروج ومنعه

باليمين عند وجود الإذن مرةً واحدةً بخلاف الأول، فإن أراد بقوله: «حتى آذن» في كل مرة فهو على ما نوى في قولهم جميعاً، ويجعل حتى مجازاً عن «إلى» لوجود معنى الانتهاء في الاستثناء على ما بينا، وفيه تشديد على نفسه فيصدق.

وأما المسألة الثالثة: فلا يجوز فيها فالجواب في قوله: «حتى آذن» في قول العامة وقال الفراء: الجواب فيها كالجواب في قوله: إلا بإذني.

وجه قوله إن كلمة «إلا» استثناء فلا بد من تقديم المستثنى منه عليها وتأخير المستثنى عنها وأنْ مع الفعل المستقبل بمنزلة المصدر على ما مر فصارَ تقدير الكلام إن خرجت من الدار إلا خروجاً بإذني، وهذا ليس بكلام مستقيم فلا بد من إدراج حتى يصح الكلام فندرج الباء، ويجعل معناه إلا خروجاً بإذني وإسقاط الباء في اللفظ مع ثبوتها في التقدير جائز في اللغة، كما روى عن رؤبة بن العجاج[1] أنه قيل له كيف أصبحت فقال: خير عافاك الله أي بخير، وكذا يحذفون الباء في القسم فيقولون الله مكان قولهم بالله، وإنما اختلفوا في الخفض والنصب، وإذا كان هذا جائزاً أدرجت لضرورة تصحيح الكلام.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلاَّ أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾[2] أي إلا بإذن لكم حتى كانَ محتاجاً إلى الإذن في كل مرة، فكذا فيما نحن فيه.

ولنا: أن هذا الكلام لما لم يكن بنفسه صحيحاً لما قاله الفراء ولا بد من القول بتصحيحه ولكن تصحيحه على التقدير الذي قاله الفراء، وأمكن تصحيحه أيضاً بجعله إلا بمعنى حتى وإلى، لأن كلمة إلا كلمة استثناء وما وراءَ كلمة الاستثناء وهو المستثنى منه ينتهي عند كلمة الاستثناء وعند وجود المستثنى فصارت كلمة الاستثناء على هذا التقدير للغاية فأقيم مقام الغاية فصار كأنه قال إن خرجت من هذه الدار إلى إذني أو حتى إذني، وهذا أولى مما قاله الفراء، لأن تصحيح الكلام بجعل كلمة قائمة مقام أخرى أولى من التصحيح بطريق الإضمار، لأن جعل الكلمة قائمة مقام أخرى، وإن كان فيه ضرب تغيير لكن التغيير تصرف في الوصف، والإضمار إثبات أصل الكلام والتصرف في الوصف بالتغيير والتبديل أولى من إثبات الأصل بلا شك فكان هذا أولى على أن فيما قاله إضمار شيئين: أحدهما الباء، والآخر الجالب للباء.

وهو قوله: إلا خروجاً وليس فيما ذهبنا إليه إدراج شيء بل إقامة ما فيه معنى الغاية مقام الغاية ولا شك أن هذا أدون فكان التصحيح به أولى ولهذا كان معنى قوله تعالى: ﴿لاَ يَزَالُ بنيانُهُمُ الذِي بنوا ريبة فِي قُلُوبِهِمْ إِلاَّ أَنْ تَقَطَّعَ قلوبُهُم﴾[3] أي إلى أن تقطع قلوبهم والله عز وجل أعلم، أي إلى وقت تقطع قلوبهم وهو حالة الموت، وفي قوله عز وجل: ﴿إِلاَّ أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾، إنما احتيج إلى الإذن في كل مرة لا بمقتضى اللفظ بل بدليل آخر وهو أن دخول دارِ الغير بغير إذنه حرام ألا يرى أنه قال عز وجل في آخر قوله تعالى: ﴿إِنَّ ذَلِكُمْ

---

(١) رؤبة بن العجاج بن رؤبة التميمي السعدي، أبو الجحّاف أو أبو محمد. راجز من العظماء المشهورين، من مخضرمي الدولتين الأموية والعباسية، كان أكثر مقامه في البصرة وأخذ عنه أعيان أهل اللغة، مات في البادية وقد أسن توفي سنة (١٤٥هـ).
(٢) سورة الأحزاب، الآية: (٥٣).
(٣) سورة التوبة، الآية: (١١٠).

كَانَ يُؤْذِي النَّبِيّ﴾[1] ومعنى الأذى موجود في كل ساعة فشرط الإذن في كل مرة، والله عز وجل أعلم

فإن قال: إلا بإذن فلان فمات المحلوف على إذنه بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: هي على حالها، وهذا فرع اختلافهم فيمن حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز، وليس في الكوز ماء أنه لا تنعقد اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: تنعقد بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم أن تصورَ وجود المحلوف عليه حقيقة في المستقبل شرط انعقاد اليمين وبقاؤه متصورَ الوجود حقيقةً شرط بقاء اليمين عندهما، وعنده ليس بشرط فإن أذن لها بالخروج من حيث لا تسمع فخرجت بغير الإذن يحنث عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يحنث عند أبي يوسف.

وجه قوله: أن الإذن يتعلق بالإذن لأنه كلامه وقد وجد، فأما السماع فإنما يتعلق بالمأذون فلا يعتبر لوجود الإذن كما لو وقع الإذن بحيث يجوز أن تسمعَ وهي نائمة لأنه كلامه، ولأن شرط الحنث خروج غير مأذون فيه مطلقاً وهذا مأذون فيه من وجه لوجود كلام الإذن فلم يوجد شرط الحنث، ولأن المقصود من الإذن أن لا تخرج وهو كاره وقد زالت الكراهة بقوله: أذنت وإن لم تسمع ولهما أن الإذن إعلام، قال الله تعالى: ﴿وأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُوْلِهِ﴾[2] أي إعلام.

وقوله: أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون إعلاماً فلا يكون إذناً فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث، ولأن هذه اليمين اشتملت على الحظر والإطلاق فإن قوله: إن خرجت من هذه الدار يجري مجرى الحظر والمنع، وقوله: إلا بإذني يجري مجرى الإطلاق، وحكم الحظر والإطلاق من الشارع والشرائع لا تثبت بدون البلوغ كذا من الحالف.

ألا ترى أنه قيل في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوْا وَعَمِلُوْا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوْا إِذَا مَا اتَّقَوا وَآمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾[3] أنه نزل في قوم شربوا الخمر بعد نزول تحريم الخمر قبل علمهم به.

وذكر محمد في «الزيادات»: أن الوكيل لا يصير وكيلاً قبل علمه بالوكالة حتى يقف تصرفه على إجازةِ الموكل والتوكيل إذن وإطلاق، ولهما أن الإذن إعلام قال الله تعالى: ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُوْلِهِ﴾[4] أي إعلام، وقوله: أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون إعلاماً فلا يكون إذناً فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث، ولأن الخروج مذكور في محل النفي فيعم كل خروج إلا الخروج المستثنى وهو الخروج المأذون فيه مطلقاً وهو أن يكون مأذوناً فيه من كل وجه ولم يوجد فلم يكن هذا خروجاً مستثنى فبقي داخلاً تحت عموم الخروج فيحنث بخلاف ما إذا كانت نائمة فأذن لها بحيث يجوز أن تسمع لأن مثل هذا يعد سماعاً عرفاً وعادةً كما إذا أذن لها وهي تسمع إلا أنها غافلة. ومسألتنا مفروضة فيما إذا أذن لها من حيث لا

(١) سورة الأحزاب، الآية: (٥٣).
(٢) سورة التوبة، الآية: (٣).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٩٣).
(٤) سورة التوبة، الآية: (٣).

تسمع عادة، ومثل هذا لا يعد سماعاً في العرف فهو الفرق بين الفصلين.

وقيل: إن النائمَ يسمع لأن ذلك بوصول الصوت إلى صماخ أذنه والنوم لا يمنع منه وإنما يمنع من فهم المسموع فصار كما لو كلمه وهو يقظان لكنه غافل.

وحكي ابن شجاع: أنه لا خلاف في هذه المسألة أنه لا يحنث، لأنه قد عقدَ على نفسه بالإذن وقد أذن. قال: وإنما الخلاف بينهم في الأمر. وروى نصر بن يحيى عن أبي مطيع عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف إلا أن أبا سليمان حكى الخلاف في الإذن والله عز وجل أعلم.

وقال ابن سماعة عن محمد لو أن رجلاً قال لعبده: إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني فأنت حر، ثم قال له أطع فلاناً في جميع ما يأمرك به فأمره فلان بالخروج فخرج فالمولى حانث لوجود شرط الحنث وهو الخروج بغير إذن المولى لأن المولى لم يأذن له بالخروج وإنما أمره بطاعة فلان.

وكذلك لو قال المولى لرجل إئذن له في الخروج فأذن له الرجل فخرج لأنه لم يأذن له بالخروج وإنما أمر فلاناً بالإذن، وكذلك لو قال له قل يا فلان مولاك قد أذن لك في الخروج فقال له فخرج فإن المولى حانث، لأنه لم يأذن له وإنما أمر فلاناً بالإذن.

ولو قال المولى لعبده بعد يمينه ما أمرك به فلان فقد أمرتك به فأمره الرجل بالخروج فخرج فالمولى حانث، لأن مقصودَ المولى من هذا أنه لا يخرج إلا برضاه فإذا قال ما أمرك به فلان فقد أمرتك به فهو لا يعلم أن فلاناً يأمره بالخروج والرضا بالشيء بدون العلم به لا يتصور فلم يعلم كون هذا الخروج مرضياً به فلم يعلم كونه مستثنى فبقي تحت المستثنى منه.

ولو قال المولى للرجل: قد أذنت له في الخروج فأخبر الرجل به العبد لم يحنث المولى، لأن الإذن من المولى قد وجد إلا أنه لم يبلغ العبد فإذا أخبره به فقد بلغه فلا يحنث.

ولو قال لامرأته: إن خرجت إلا بإذني، ثم قال لها: إن بعت خادمك فقد أذنت لك لم يكن منه هذا إذناً، لأنه مخاطرة يجوز أن تبيع ويجوز أن لا تبيع فلا يعد ذلك رضاً.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال لها إن خرجت إلا بأمري فالأمر على أن يأمرها ويسمعها أو يرسل بذلك رسوله إليها فإن أشهدَ قوماً أنه قد أمرها ثم خرجت فهو حانث فقد فرق أبو يوسف بين الأمر وبين الإذن حيث لم يشترط في الإذن إسماعَها وإرسالَ الرسول به وشرطَ ذلك في الأمر.

ووجه الفرق: له أن حكم الأمر لا يتوجه على المأمور بدون العلم به كما في أمر الشرع والمقصود من الإذن هو الرضا وهو أن لا تخرج مع كراهته وهذا يحصل بنفس الإذن بدون العلم به.

قال محمد: ولو غضبت وتهيأت للخروج فقال: دعوها تخرج ولا نية له فلا يكون هذا إذناً إلا أن ينوي الإذن، لأن قوله دعوها ليس بإذن نصاً بل هو أمر بترك التعرض لها وذلك بأن لا تمنع من الخروج أو بتخلية سبيلها فلا يحصل إذناً بدون النية.

ولو قال لها في غضبه: اخرجي ولا نية له كان على الإذن، لأنه نص على الأمر إلا أن ينوي به أخرجي

حتى تطلقي فيكون تهديداً والأمر يحتمل التهديد كما في أمر الشرع، قال الله تعالى: ﴿اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ﴾[1]، فإذا نوى التهديد وفيه تشديد عليه صحت نيته.

ولو قال: عبده حر إن دخل هذه الدار إلا إن نسي فدخلها ناسياً ثم دخل بعد ذلك ذاكراً لم يحنث، وهذا على ما ذكرنا من قول العامة في قوله أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا أن آذن لك أن قوله: إلا أن لانتهاء الغاية بمنزلة قوله: حتى فلما دخلها ناسياً فقد انتهت اليمين فلا يتصور الحنث بدخول هذه الدار بهذه اليمين بحال.

ولو قال: إن دخل هذه الدار إلا ناسياً فدخلها ناسياً ثم دخلها ذاكراً حنث لأنه عقد يمينه على كل دخول وحظر على نفسه ومنعها منه واستثنى منه دخولاً بصفة وهو أنه يكون عن نسيان فبقي ما سواه داخلاً تحت اليمين فيحنث به.

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل قال عبدي حرٌ إن دخلت هذه الدار دخلة إلا أن يأمرني فلان فأمرَه فلان مرةً واحدةً فإنه لا يحنث إن دخل هذه الدخلة ولا بعدها، وقد سقطت اليمين وهذا على أن الأمر واحد لما ذكرنا أن «إلا أن» لانتهاء الغاية كحتى، فإذا وجد الأمر مرةً واحدةً انحلت اليمين.

ولو قال: إن دخلت هذه الدارَ دخلةً إلا أن يأمرني بها فلان فأمره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره فإنه يحنث، ولا بد ههنا من الأمر في كل مرة، لأنه وصل الأمر بالدخلة بحرف الوصف وهي حرف الباء فلا بد من الأمر في كل دخلة كما لو قال إلا بأمر فلان.

قال هشام عن محمد: في رجل حلف لا تخرج امرأته إلا بعلمه فأذن لها أن تخرج فخرجت بعد ذلك وهو لا يعلم فهو جائز، لأن قوله: إلا بعلمي أي إلا بإذني وقد خرجت فكان خروجاً مستثنى فلا يحنث، وإذا حلف رجل على زوجته أو مولى على عبده أن لا يخرج من داره إلا بإذنه أو سلطان حلّف رجلاً أن لا يخرج من كورة إلا بإذنه ثم بانت المرأة من الزوج أو خرج العبد من ملك المولى أو عزل السلطان عن عمله فكان الخروج بغير إذن من واحد منهم فلا حنث على الحالف وتقع اليمين على الحال التي يملك الحالف فيها الإذن فإن زالت تلكَ الحالة سقطت اليمين، وإنما كانَ كذلك، لأن غرض المستحلف من ذلك تنفيذ ولايته وهو أن لا يخرج من له عليه ولاية إلا بأمره فيتقيد بحال قيام الولاية، فإذا زالت زالت اليمين فإن عادت المرأة إلى ملك الزوج أو العبد إلى ملك المولى أو أعيد السلطان إلى ولايته لا تعد اليمين، لأنها قد سقطت لما بينا فلا تحتمل العود.

وكذلك الغريم إذا حلف المطلوب أن لا يخرج من بلده إلا بإذنه فاليمين مقيدة بحال قيام الدين فإن قضاه المطلوب أو أبرأ الطالب سقطت اليمين، فإن عادَ عليه ذلك الدين أو غيره لم تعد اليمين، لأن غرض المستحلف أن لا يخرج لأجل ذلك الدين الذي له عليه وقت الحلف فإذا أسقط ذلك بطل اليمين فلا يحتمل العود.

---

(١) سورة فصلت، الآية: (٤٠).

وعلى هذا قالوا: في عامل استحلف رجلاً أن يرفع إليه كل من علم به من فاسق أو داعر أو سارق في محلته ولم يعلم من ذلك حتى عزل العامل عن عمله ثم علم فليس عليه أن يرفعه وقد خرج عن يمينه وبطلت عنه، لأنها تقيدت بحال عمله بدلالة الغرض، لأن غرضَ العامل أن يرفع إليه ما دام والياً، فإذا زالت ولايته ارتفعت اليمين، فإن عادَ العامل عاملاً بعد عزله لم يكن عليه أيضاً أن يرفعَ ذلك إليه، لأن اليمينَ قد بطلت فلا تعود سواء عاد عاملاً بعد ذلك أو لم يعد، ولو كان الحالف علم ببعض ما استحلف عليه فأخر رفع ذلك حتى عزل العامل حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك إليه بعد عزله، لأن الرفعَ تقيد بحال قيام الولاية فإذا زالت الولاية فقد فات شرط البر.

قال محمد في «الزيادات»: إلا أن يعني أن يرفع إليهم على كل حال في السلطان وغيره وأدينه فيما بينه وبين الله عز وجل، وفي القضاء لأنه نوى ظاهر كلامه وهو العموم فيصدق ديانة وقضاء.

وقال محمد في «الزيادات»: إذا حلف أن لا تخرج امرأته من هذه الدار ولا عبده فبانت منه أو خرج العبد عن ملكه ثم خرجت حنث، ولا يتقيد بحال قيام الزوجية والملك لانعدام دلالة التقييد وهي قوله: إلا بإذنه فيعمل بعموم اللفظ فإن عنى به ما دامت امرأته يدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه عنى ما يحتمله لفظه ولا يدين في القضاء، لأنه نوى تخصيص العموم وأنه خلاف الظاهر.

وكذلك من طولب بحق فحلف أن لا يخرج من دار مطالبه حنث بالخروج زال ذلك الحق أو لم يزل لما قلنا.

وإن أرادت المرأة أن تخرج وقد أخذت في ذلك أو العبد أو أراد الرجل أن يضرب عبده، وقد نهض لذلك فقال: أنت طالق ان خرجت أو قال المولى أنت حر إن خرجت. أو قال رجل للضارب عبدي حر إن ضربته فكفوا عن ذلك فقد سقطت اليمين حتى لو خرج المحلوف عليه بعد ذلك أو ضرب الرجل عبده لا يحنث الحالف، لأن غرضَه من هذه اليمين المنع من الخروج في الحال أو الضرب فتقيدت بالحال بدلالة الغرض فتزول اليمين بزوال الحالف فلا يتصور الحنث بالخروج بعد ذلك، وهذه من مسائل يمين الفور، ونظائرها تأتي إن شاء تعالى في مواضعها.

فصل: وأما الحلف على الكلام فالمحلوف عليه وهو الكلام قد يكون مؤبداً وقد يكون مطلقاً وقد يكون مؤقتاً، أما المؤبد فهو أن يحلف أن لا يكلم فلاناً أبداً فهو على الأبد لا شك فيه، لأنه نص عليه.

وأما المطلق فهو أن يحلف أن يكلمَ فلاناً ولا يذكر الأبد، وهذا أيضاً على الأبد حتى لو كلمه في أي وقت كلمه في ليل أو نهار، وفي أي مكان كان، وعلى أي حال حنث، لأنه منع نفسه من كلام فلان ليبقى الكلام من قبله على العدم ولا يتحقق العدم إلا بالامتناع من الكلام في جميع العمر، فإن نوى شيئاً دون شيء بأن نوى يوماً أو وقتاً أو بلداً أو منزلاً لا يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه نوى تخصيص ما ليس بملفوظ فلا يصدق رأساً، ولا يحنث حتى يكون منه كلام مستأنف بعد اليمين فينقطع عنها، فإن كان موصولاً لم يحنث بأن قال إن كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو فقومي فلا يحنث بقوله فاذهبى أو فقومي كذا قال أبو يوسف، لأنه متصل باليمين، وهذا لأن قوله: لا أكلم أو إن كلمتك يقع على الكلام المقصود باليمين

وهو ما يستأنف بعد تمام الكلام الأول وقوله: فاذهبي أو فقومي وإن كان كلاماً حقيقة فليس بمقصود باليمين فلا يحنث به ولأنه لما ذكره بحرف العطف دل أنه ليس بكلام مبتدأ، وكذا إذا قال واذهبي لما قلنا، فإن أراد به كلاماً مستأنفاً يصدق لأنه كلام حقيقة وفيه تشديد على نفسه وإن أراد بقوله: فاذهبي الطلاق فإنها تطلق بقوله: فاذهبي، لأنه من كنايات الطلاق ويقع عليها تطليقة أخرى باليمين لأنه لما نوى به الطلاق فقد صارَ كلاماً مبتدأ فيحنث به، وإن كان في الحال التي حلف ما يدل على تخصيص اليمين كانت خاصة بأن قال له رجل كلم لي زيداً اليومِ في كذا فيقول: والله لا أكلمه يقع هذا على اليوم دون غيره بدلالة الحال.

وعلى هذا قالوا لو قال ائتني اليوم فقال امرأتي طالق إنْ أتيتك فهذا على اليوم، وكذا إذا قال ائتني في منزلي فحلف بالطلاق لا يأتيه فهو على المنزل، وهذا إذا لم يطل الكلام بين دلالة التخصيص وبين اليمين، فإن طال كانت اليمين على الأبد.

فإن قال: لم لا تلقني في المنزل وقد أسأت في تركك لقائي وقد أتيتك غير مرة فلم ألقك، فقال الآخر امرأته طالق إن أتاك فهذا على الأبد وعلى كل منزل لأن الكلام كثير فيما بين ابتدائه بذكر المنزل وبين المنزل وبين الحلف فانقطعت اليمين عنه وصارت يميناً مبتدأة، فإن نوى هذا الاتيان في المنزل دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء لأنه يحتمله كلامه لكنه خلاف الظاهر، ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليها فسها الإمام فسبح به أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث، لأن هذا لا يسمى كلاماً في العرف، وإن كان كلاماً في الحقيقة ألا ترى أن الكلام العرفي يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها.

وقد قالوا فيمن حلف: لا يتكلم فصلى أن القياس أن يحنث، لأن التكبير والقراءة كلام حقيقة، وفي الاستحسان: لا يحنث، لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً، ألا ترى أنهم يقولون فلان لا يتكلم في صلاته، وإن كان قد قرأ فيها، ولو قرأ القرآن خارج الصلاة يحنث لأنه تكلم حقيقة.

وقيل هذا إذا كان الحالف من العرب فإن كان الحالف من العجم أو كان لسانه غير لسان العرب لا يحنث، سواء قرأ في الصلاة أو خارج الصلاة، لأنه لا يعد متكلماً، ولو سبحَ تسبيحةً أو كبَّر أو هللَ خارج الصلاة يحنث عندنا، وعند الشافعي[1]: لا يحنث، والصحيح قولنا لأنه وجد الكلام حقيقة إلا أنا تركنا الحقيقة حالة الصلاة بالعرف ولا عرف خارج الصلاة.

وقيل هذا في عرفهم فأما في عرفنا فلا يحنث خارج الصلاة أيضاً لأنه لا يسمى كلاماً في الحالين جميعاً.

ولو فتح عليه في غير الصلاة حنث لأنه كلام حقيقة إلا أنه ترك الحقيقة في الصلاة للعرف فإن كان الإمام هو الحالف والمحلوف عليه خلفه فسلم لم يحنث بالتسليمة الأولى، وإن كان على يمينه ونواه لأنه في الصلاة وسلام الصلاة لا يعد كلاماً كتكبيرها والقراءة فيها.

ألا ترى أنه لا يفسد الصلاة، ولو كان من كلام الناس لكان مفسداً، وإن كان على يساره فنواه، اختلف

(١) انظر «الأم» (٧/ ٦٥).

المشايخ فيه قد قال بعضهم يحنث، وقال بعضهم لا يحنث، وإن كان المقتدى هو الحالف، فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف بناء على أن المقتدى لا يصير خارجاً عن الصلاة بسلام الإمام عندهما، وعند محمد يحنث، لأنه خارج عن صلاته بسلام الإمام عنده فقد تكلم كلاماً خارجَ الصلاة فيحنث، ولو مر الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه فسلم عليهم حنث لأنه كلم جماعتهم بالسلام، فإن نوى القوم دونه لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى لأن ذكر الكل على إرادة البعض جائز ولا يدين في القضاء، لأنه خلاف الظاهر ولو نبه الحالف المحلوف عليه من النوم حنث، وإن لم ينتبه لأن الصوت يصل إلى سمع النائم لكنه لا يفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل، ولأن مثل هذا يسمى كلاماً في العرف كتكلم الغافل فيحنث، ولو دق عليه الباب فقال من هذا أو من أنت حنث لأنه كلمه بالاستفهام.

ولو كان في مكانين فدعاه أو كلمه فإن كان ذلك بحيث يسمع مثله لو أصغى إليه فإنه يحنث وإن لم يسمعه، وإن كان في موضع لا يسمع في مثله عادة، فإن أصغى إليه لبعد ما بينهما لم يحنث، لأن الموضع إذا كان قريباً بحيث يسمع مثله عادة يسمى مكلماً إياه لما ذكرناه، وإن لم يسمع لعارض وليس كذلك إذا كان بعيداً، ولأنه إذا كان قريباً يحمل على أنه وصل الصوت إلى سمعه لكنه لم يفهمه فأشبه الغافل وإذا كان بعيداً لا يصل إليه رأساً.

وقالوا: فيمن حلف لا يكلم إنساناً فكلم غيره وهو يقصد أن يسمعه لم يحنث لأن مثل هذا لا يسمى مكلماً إياه إذا لم يقصده بالكلام، ولو حلف لا يكلم امرأته فدخل داره وليس فيها غيرها فقال من وضع هذا أو أين هذا حنث لأنه كلمها حيث استفهم وليس هناك غيرها لئلا يكون لاغياً، فإن كان في الدار غيرها لم يحنث لجواز أنه استفهم غيرها.

فإن قال: ليت شعري من وضع هذا لم يحنث، لأنه لم يكلمها وإنما كلَّم نفسه ولو حلف لا يكلم فلاناً فكتب إليه كتاباً فانتهى الكتاب إليه أو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة إليه لا يحنث، لأن الكتابة لا تسمى كلاماً وكذا الرسالة.

وأما الموقت فنوعان معين ومبهم:

أما المعين فنحو أن يحلف الرجل بالليل لا يكلم فلاناً يوماً فيحنث بكلامه من حين حلف إلى أن تغيب الشمس من الغد فيدخل في يمينه بقية الليل حتى لو كلمه فيما بقي من الليل أو في الغد يحنث، لأن قوله لا أكلم فلاناً يقع على الأبد ويقتضي منع نفسه عن كلام فلان أبداً، لولا قوله: يوماً، فكان قوله: يوماً لإخراج ما وراءه عن اليمين فيبقى زمان ما بعد اليمين بلا فصل داخلاً تحتها فيدخل فيها بقية تلك الليلة.

وكذلك لو حلف بالنهار لا يكلمه ليلة أنه يحنث بكلامه من حين حلف إلى طلوع الفجر لما قلنا.

ولو حلف في بعض النهار لا يكلمه يوماً فاليمين على بقية اليوم والليلة المستقبلة إلى مثل تلك الساعة التي حلف فيها من الغد، لأنه حلف على يوم منكر فلا بد من استيفائه ولا يمكن استيفاؤه إلا باتمامه من اليوم الثاني فيدخل الليل من طريق التبع.

وكذلك إذا حلف ليلاً لا يكلمه ليلةً فاليمين من تلك الساعة إلى أن يجيء مثلها من الليلة المقبلة

ويدخل النهار الذي بينهما في ذلك، لأنه حلف على ليلة منكرة فلا بد من الاستيفاء منها وذلك فيما قلنا.

فإن قال في بعض اليوم: والله لا أكلمك اليوم فاليمين على باقي اليوم فإذا غربت الشمس سقطت اليمين، وكذلك إذا قال بالليل: والله لا أكلمك الليلة فإذا طلع الفجر سقطت لأنه حلف على زمان معين لأنه أدخل لام التعريف على اليوم والليلة فلا يتناول غير المعرف بخلاف قوله يوماً لأنه ذكر اليوم منكراً فلا بد من استيفائه وذلك من اليوم الثاني.

ولو حلف لا يكلمه شهراً يقع على ثلاثين يوماً، ولو قال الشهر يقع على بقية الشهر، ولو حلف لا يكلمه السنة يقع على بقية السنة، ولو قال والله لا أكلمك اليوم ولا غداً فاليمين على بقية اليوم وعلى غدٍ ولا تدخل الليلة التي بينهما في اليمين، روى ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد لأنه أفردَ كل واحد من الوقتين بحرف النفي فيصير كل واحد منهما منفياً على الانفراد أصله قوله تعالى: ﴿فَلاَ رَفَثَ وَلاَ فُسُوْقَ وَلاَ جِدَالَ فِي الحَجِّ﴾[1] فلا تدخل الليلة المتخللة بين الوقتين ولو قال والله لا أكلمك اليوم وغداً دخلت الليلة التي بين اليوم والغد في يمينه، لأن ههنا جمع بين الوقت الثاني وبين الأول بحرف الجمع وهو الواو فصار وقتاً واحداً فدخلت الليلة المتخللة.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن الليلة لا تدخل لأنه عقدَ اليمين على النهار ولا ضرورة توجب إدخال الليل فلا يدخل، ولو حلف لا يكلمه يومين تدخل فيه الليلة سواء كان قبل طلوع الفجر أو بعده، وكذلك الجواب في الليل، ولو قال والله لا أكلمك يوماً ولا يومين فهو مثل قوله والله لا أكلمك ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو كلمه في اليوم الأول أو الثاني أو الثالث يحنث، وكذلك روى بشر عن أبي يوسف. هكذا ذكر الكرخي في مختصره.

وذكر محمد في «**الجامع**» أنه على يومين حتى لو كلمه في اليوم الأول أو الثاني يحنث، وإن كلمه في اليوم الثالث لا يحنث، وجه ما ذكره الكرخي ظاهر لأنه عطف اليومين على اليوم والمعطوف غير المعطوف عليه فاقتضى يومين آخرين غير الأول فصار كأنه قال والله لا أكلم فلاناً يوماً ويومين أو قال ثلاثة أيام، وجه ما ذكره محمد في الجامع أن كل واحد منهما يمين مفردة لانفراد كل واحد منهما بكلمة النفي والواو للجمع بين اليمينين وصار تقديره لا أكلم فلاناً يوماً ولا أكلمه يومين لئلا تلغو كلمة النفي فصار لكل يمين مدة على حدة فصار على اليوم الأول يمينان وعلى اليوم الثاني يمين واحد، بخلاف ما إذا قال: والله لا أكلم فلاناً يوماً ويومين فكلمه في اليوم الثالث أنه يحنث، لأنه لما لم يعد كلمة النفي فلم يوجد ما يدل على أنه أراد نفي الكلام في كل مرة على حدة ليكون يمينين فبقي يميناً واحدة والواو للجمع بين المدتين كما لو جمع بين المدتين بكلمة الجمع فقال: والله لا أكلم فلاناً ثلاثة أيام، والدليل على التفرقة بينهما أنه لو قال: والله لا أكلم زيداً ولا عمراً فكلم أحدهما يحنث.

ولو قال: والله لا أكلم زيداً وعمراً فما لم يكلمهما لا يحنث، وقال بشر عن أبي يوسف لو قال والله لا أدخل الدارَ يوماً ويوماً فهو مثل حلفه على يومين، قال أبو يوسف: ولا يشبه هذا قوله ولا أدخلها اليوم

---

[1] سورة آل عمران، الآية: (٩٧).

وغداً، لأن قوله يوماً ويوماً عطف زمان منكر على زمان منكر فصار كقوله: يومين فيدخل الليل وقوله اليومَ وغداً عطف زمان معين على زمان معين، ولا ضرورة إلى إدخال الليل فيه فلا يدخل.

ولو قال: والله لا أكلم زيداً يوماً والله لا أكلمه يومين والله لا أكلمه ثلاثة أيام فاليوم الأول من حين فرغ من اليمين الثالثة عليه ثلاثة أيمان، واليوم الثاني عليه يمينان الثانية والثالثة، واليوم الثالث عليه يمين واحدة وهي الثالثة، لأن كلَ يمين ذكرها تختص بما يعقبها فانعقدت اليمين الأولى على الكلام في يوم عقيب اليمين والثانية في يومين عقيب اليمين والثالثة في ثلاثة أيام عقيب اليمين فانعقدت على الكلام في اليوم الأول ثلاثة أيمان وعلى الثاني يمينان، وعلى الثالث واحدة، ونظير هذه المسائل ما روى داود بن رشيد[1] عن محمد: فيمن قال والله لا أكلمك اليوم سنةً أو لا أكلمك اليوم شهراً فعليه أن يدع كلامه في ذلك اليوم شهراً. وفي ذلك اليوم سنة حتى يكمل كلما دارَ ذلك اليوم في ذلك الشهر أو في تلك السنة، لأن اليوم الواحد يستحيل أن يكون شهراً أو سنةً فلم يكن ذلك مراد الحالف فكان مراده أن لا يكلمه في مثله شهراً أو سنة.

فإن قال: لا أكلمك اليوم عشرة أيام وهو في يوم السبت فهذا على سبتين، لأن اليوم لا يكون عشرة أيام فلم يكن ذلك مراداً فيقع على عشرةِ أيام، لأنه لا يدور في عشرة أيام أكثر من سبت واحد.

وكذلك لو قال: والله لا أكلمك السبت مرتين كان على سبتين، لأن السبت لا يكون يومين فكان المراد منه مرتين، وكذلك لو قال لا أكلمك يوم السبت ثلاثة أيام كان كلها يوم السبت لما بينا.

ولو قال: لا أكلمك يوماً ما أو لا أكلمك يوم السبت يوماً فله أن يجعله أي يوم شاءَ، لأنه عقد يمينه على يوم شائع في أيام فكان التعيين إليه، قال ابن سماعة عن محمد فيمن قال: لا أكلمك يوماً بين يومين ولا نية له، قال فكل يوم بين يومين وهو عندي بمنزلة قوله: لا أكلمك يوماً فيكون على يوم من ساعة حلف والله عز وجل أعلم.

وأما المبهم فنحو أن يحلفَ أن لا يكلم فلاناً زمناً أو حيناً أو الزمان أو الحين فإن لم يكن له نية يقع على ستة أشهر، لأن الحينَ يذكر ويراد به الوقت القصير قال الله تعالى: ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِيْنَ تمسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُون﴾[2] قيل حين تمسون صلاة المغرب والعشاء وحين تصبحون صلاة الفجر، ويذكر ويراد به الوقت الطويل، قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الإِنْسَانِ حِيْنٌ مِنَ الدَّهْرِ﴾[3] قيل المراد منه أربعون سنة ويذكر ويراد به الوسط قال الله تعالى: ﴿تؤْتِي أُكلَهَا كُلَّ حِيْنٍ بِإِذْنِ رَبِّها﴾[4] قيل أي ستة أشهر من وقت طلوعها إلى وقت إدراكها.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: هي النخلة ثم عند الإطلاق لا يحمل على الوقت القصير، لأن اليمينَ تعقد للمنع ولا حاجة إلى اليمين للمنع في مثل هذه المدة، لأنه يمنع بدون اليمين ولا يحمل على الطويل،

(١) داود بن رشيد من أصحاب محمد بن الحسن.
(٢) سورة الروم، الآية: (١٧).
(٣) سورة الإنسان، الآية: (١).
(٤) سورة إبراهيم، الآية: (٢٥).

لأنه لا يراد ذلك عادة، ومن أرادَ ذلك بلفظة الأبد فتعين الوسط.

وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه حمله على ذلك، ولأن كل واحد من الطرفين في غاية البعد عن صاحبه والوسط قريب منهما فيحمل عليه، وإذا ثبت هذا في الحين ثبت في الزمان لكونهما من الأسماء المترادفة وعن ثعلب أن الزمان في كلام العرب ستة أشهر، وإن نوى الحالف شيئاً مما ذكرنا فهو على ما نوى، لأنه نوى ما يحتمله كلامه ولفظه لما بينا.

ومنهم من قال: يصدق في الوقت اليسير في الحين ولا يصدق في الزمان لأنه قد ثبت استعمال اللفظ في اليسير في الحين كما في قوله تعالى: ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِيْنَ تُمْسُونَ وَحِيْنَ تُصْبِحُوْنَ﴾[1] ولم يثبت في الزمان.

وذكر الكرخي في «**الجامع**» عن أبـي حنيفة أنه يُدَيَّن في الزمان والحين في كل ما نوى من قليلٍ أو كثير وهو الصحيح.

وروي عن أبـي يوسف أنه لا يدين فيما دون ستة أشهر في القضاء، ولو قال لا أكلمه دهراً أو الدهر، فقال أبو حنيفة إن كانت له نية فهو على ما نوى وإن لم تكن له نية فلا أدري ما الدهر.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قال دهراً فهو ستة أشهر وإذا قال الدهر فهو على الأبد، ومن مشايخنا من قال لا خلاف في الدهر المعروف أنه الأبد وإنما توقف أبو حنيفة رضي الله عنه في الدهر المنكر فإنه قال: إذا قال دهراً لا أدري ما هو.

وذكر في «**الجامع الكبير**» أن قوله الدهر ينصرف إلى جميع العمر ولم يذكر فيه الخلاف، وقوله دهراً لا يدري تفسيره، وفي الجامع الصغير أشار إلى التوقف في الدهر المعرف أيضاً فإنه قال والدهر لا أدري ما هو.

وروى بشر عن أبـي يوسف عن أبـي حنيفة في قوله دهراً والدهر أنهما سواء فهما جعلا قوله: دهراً كالحين والزمان، لأنه يستعمل استعمالَ الحين والزمان يقال ما رأيتك من دهر، وما رأيتك من حين على السواء، فإذا أدخل عليه الألف واللام صار عبارة عن جميع الزمان.

وروي عن أبـي يوسف أن قوله: الدهر يقع على ستة أشهر، لكنه خلاف ظاهر الرواية عنهما، وأبو حنيفة كأنه رأى الاستعمال مختلفاً فلم يعرف مراد المتكلم عند إطلاق الاسم فتوقف وقال: لا أدري، أي لا أدري بماذا يقدر إذ لا نص فيه عن أحدٍ من أرباب اللسان بخلاف الحين والزمان، فإن فيهما نصاً عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه فسر قوله تعالى: ﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِيْنٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾[2] بستة أشهر والزمان والحين ينبآن عن معنى واحد، وهذا على قول من قال من مشايخنا أنه توقف في المنكر لا في المعرف أو لم يعرف حقيقة معناه لغة فتوقف فيه والتوقف فيما لا يعرف لعدم دليل المعرفة ولتعارض الأدلة وانعدام ترجيح البعض

---

(١) سورة الروم، الآية: (٣٧).

(٢) سورة إبراهيم، الآية: (٢٥).

على البعض أمارةُ كمال العلم وتمام الورع فقد روي أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن شيء فقال لا أدري.

وروي «أن رسول الله ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفْضَل البِقَاعِ فَقَالَ: لاَ أَدْرِي: فَلَمَّا نَزَلَ جِبْرِيلُ عَلَيْهِ الصَّلاَة والسَّلاَم سَأَلَهُ فَعَرَجَ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ هَبَطَ فَقَالَ سَأَلْتُ ربي عز وجل عن أفضل البقاع، فقال المساجد وأفضل أهلها من جاءها أولاً وانصرف آخراً وشر أهلها من جاءها آخراً وانصرف أولاً»[1].

ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق ولا نية له فكلمه ليلاً أو نهاراً يحنث وكذا إذا قال يوم أدخل هذه الدار، لأن اليومَ إذا قرن بفعل غير ممتد يراد به مطلق الوقت في متعارف أهل اللسان، قال الله عز وجل: ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إلاَّ مُتَحَرِّفاً لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ﴾[2] الآية، ومن ولى دبره بالليل يلحقه الوعيد كما لو ولّى بالنهار، فإن نوى به الليل خاصة دُيِّن في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يدين لأن اللفظ جعل عبارة عن مطلق الوقت في عرف الاستعمال فلا يصدق في الصرف عنه، وإن قالَ ليلة أكلم فلاناً أو ليلة يقدم فلان فأنت طالق فكلمه نهاراً أو قدم نهاراً لا تطلق، لأن الليلة في اللغة اسم لسواد الليل يقال لليلة المظلمة ليلةٌ ليلاء وليل أليل ولا عرف ههنا يصرف اللفظ عن مقتضاه لغة حتى لو ذكر الليالي حملت على الوقت المطلق لأنهم تعارفوا استعمالها في الوقت المطلق معروف ذلك في أشعارهم كما قالوا[3]:

لَيالي لاقتنا جذام وحميراً

ولو قال لامرأته يوم يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان ليلاً لا يكون لها من الأمر شيء: لأن ذكر اليوم في حال ذكر الأمر يراد به الوقت المعين لأن ذكر الأمر يقتضي الوقت لا محالة وهو المجلس، لأن الصحابة رضي الله عنهم جعلوا للمخيرة الخيار ما دامت في مجلسها فقد وقتوا للأمر وقتاً، فإذا كانَ كذلك استغنى عن الوقت فيقع ذكر اليوم على بياض النهار، فإذا قدم نهاراً صار الأمر بيدها علمت أو لم تعلم ويبطل بمضي الوقت، لأن هذا أمر موقت فيبطل بمضي الوقت والعلم ليس بشرط كما إذا قال أمرك بيدك اليومَ فمضى اليوم أنه يخرج الأمر من يدها.

وأما في الأمر المطلق فيقتصر على مجلس علمها، ولو قال ليلة يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم نهاراً لم يثبت لها ذلك الأمر لما ذكرنا أن الليلة عبارة عن سواد الليل.

---

(١) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» بهذا اللفظ كتاب الصلاة باب المساجد رقم (١٥٩٩) وكذلك الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» وقال الهيثمي وفيه: عبيد بن واقد القيسي، وهو ضعيف. «مجمع» (٢/١٠٨) رقم (١٩٢٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٣/٦٥).
والحاكم في «المستدرك» (٢/٩٠).

(٢) سورة الأنفال، الآية: (١٦).

(٣) هذا شطر بيت لزفر بن الحارث، والمعنى: لقد طمعنا بهاتين القبيلتين فإذا هما قويتان وصدر البيت هو:
وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة . عشية لاقينا: «جذاماً وحميرا»
وهو مأخوذ من المثل: «ما كل بيضاء شحمة ولا كل سوداء تمرة». انظر «الأمثال» (٢/٢٣٦) والمثل لعامر بن ذهل.

وذكر في «**الجامع**» إذا قال: والله لا أكلمك الجمعة فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة، لأن الجمعة اسم ليوم مخصوص فصار كما لو قال لا أكلمك يوم الجمعة، وكذلك لو قال جمعاً، له أن يكلمه في غير يوم الجمعة لأن الجمعَ جمع جمعة وهي يوم الجمعة فلا يتناول غيره، بخلاف ما إذا قال لا أكلمه أياماً أنه يدخل فيه الليالي لأنا إنما عرفنا ذلك بعرف الاستعمال، قال الله تعالى في قصة زكريا عليه الصلاة والسلام: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾[1] وقال تعالى في موضع آخر ﴿ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾[2] والقصة واحدة ومثل هذا الاستعمال لم يوجد في مثل قوله:جمعاً، ثم إذا قال: والله لا أكلمك جمعاً فهو على ثلاث جمع، لأن أقلَ الجمع الصحيح ثلاثة عندنا فيحمل عليه لكونه متيقناً، وإذا قال الجمع فهو على عشر جمع في قول أبي حنيفة، وكذلك الأيام والأزمنة والأحايين والشهور والسنين أن ذلك يقع على عشرة أيام وعشرة أحايين أو أزمنة وعشرة أشهر وعشرة سنين.

وقال أبو يوسف ومحمد: في الجمع والسنين أنه يقع على الأبد، وكذا في الأحايين والأزمنة وفي الأيام على سبعة وفي الشهور على اثني عشر.

«**والأصل**» عندهما فيما دخل عليه حرف التعريف وهو اللام من أسماء الجمع أن ينظر إن كانَ هناك معهود ينصرف إليه كالسبعة في الأيام والاثني عشر في الشهور وإن لم يكن هناك معهود ينصرف إلى جميع الجنس فيستغرق العمر كالسنين والأحايين والأزمنة، و «**الأصل**» عند أبي حنيفة أنه ينصرف ذلك إلى أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد وذلك عشرة.

وجه قولهما: أن اللفظ المعرف إذا لم يصرف إلى الجنس فإما أن يصرفَ إلى المعهود، وإما أن يصرفَ إلى بعض الجنس والصرف إلى المعهود أولى، لأنه لا يحتاج فيه إلى الإدراج، وفي الصرف إلى البعض يحتاج إلى إدراج لفظة البعض فكان الصرف إلى المعهود أولى والمعهود في الأيام السبعة التي يتركب منها الشهر وهي من السبت إلى الجمعة، وفي الشهور الاثني عشر التي تركب منها السنة وإذا لم يكن هناك معهود فالصرف إلى الجنس أولى فيصرف إليه.

ولأبي حنيفة: استعمال أرباب أهل اللغة وأهل اللسان في الجموع، فإن أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد هو العشرة ويقال ثلاثة رجال وأربعة رجال وعشرة رجال، ثم إذا جاوز العشرة يقال: أحد عشر رجلاً وعشرون رجلاً ومائة رجل وألف رجل، ولأن لفظَ الجمع يطلق على كل قدر من هذه الأقدار التي ذكرنا إلى العشرة في حالة الإبهام والتعيين جميعاً، ويطلق على ما وراءها من الأقدار في حالة الإبهام ولا يطلق في حالة التعيين والاسم متى كان ثابتاً لشيء في حالين كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال، بل يكون نازلاً من الأول منزلة المجاز من الحقيقة فكان الصرف إلى ما هو اسم له في الحالين أولى فلهذا اقتصر على العشرة.

---

(١) سورة مريم، الآية: (١٠).

(٢) سورة آل عمران، الآية: (٤١).

ولو حلف لا يكلمه أياماً فقد ذكر في «الأصل» أنه على عشرة أيام في قول أبـي حنيفة وسواء بينه وبين الإمام.

وذكر في «**الجامع**» أنه على ثلاثة أيام ولم يذكر فيها الخلاف وهو الصحيح لأنه ذكر لفظ الجمع منكراً فيقع على أدنى الجمع الصحيح وهو ثلاثة عندنا، ولو قال لا أكلمك سنين فهو على ثلاث سنين في قولهم جميعاً لما ذكرنا في الأيام، ولو حلف لا يكلمه العمر فهو على جميع العمر إذا لم تكن له نية.

ولو قال عمراً فعن أبـي يوسف روايتان: في رواية يقع على يوم، وفي رواية يقع على ستة أشهر كالحين وهو الأظهر.

ولو حلف لا يكلمه حقباً فهو على ثمانين سنة لأنه اسم له، ولو حلف لا يكلمه أياماً كثيرة فهو على عشرة أيام في قياس قول أبـي حنيفة؛ وقال أبو يوسف: مثله لأنه أدخل الكثرة على اسم الجمع فصار كما لو ذكر بلام الجنس.

وذكر في «**الجامع الصغير**» أن على قول أبـي يوسف ومحمد يقع على سبعة أيام ولو قال: لا أكلمك كذا وكذا يوماً فهو على أحد وعشرين لأنه أقلُ عدد يعطف على عدد بحرف العطف.

ولو قال كذا كذا يوماً فهو على أحد عشر يوماً، ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوماً فهو على ثلاثة عشر يوماً، لأن البضعَ من ثلاثة إلى تسعة فيحمل على أقلها، ولو حلف لا يكلمه إلى بعيد يقع على شهرٍ فصاعداً، ولو حلفَ لا يكلمه إلى قريب ولا نيةَ له فهو على أقل من شهر.

ولو حلف لا يكلمه عاجلاً ولا نية له فهو على أقل من شهر، لأن الشهر في حكم الكثير لأنه يجعل أجلاً في الديون فكان بعيداً وآجلاً وما دونه عاجلاً، ولو حلف لا يكلمه ملياً يقع على شهر كالبعيد سواء إلا أن يعني به غيره.

وذكر الكرخي إذا قال: والله لأهجرنك ملياً فهو على شهر وأكثر فإن نوى أقل من ذلك لم يدين في القضاء، لأنه جاء في تأويل قوله: ﴿**واهجُرْني ملياً**﴾[1] أي طويلاً وهذا يقتضي ما زاد على الشهر.

ولو حلف أن لا يكلمه الشتاء فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو والفراء وآخر ذلك إذا ألقوها على البلد الذي حلف فيه والصيف على ضده وهو من حين إلقاء الحشو إلى لبسه والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف إلى أن يبس العشب والخريف فصل بين الشتاء والصيف والمرجع في ذلك كله إلى اللغة.

وقال خلف بن أيوب: سألت محمداً عن رجل حلف لا يكلم رجلاً إلى الموسم قال يكلمه إذا أصبح يوم النحر لأنه أول الموسم، وقال أبو يوسف يكلمه إذا زالت الشمس يوم عرفة لأنه وقت الركن الأصلي وهو الوقوف بعرفة.

وقال عمرو عن محمد: غرة الشهر ورأس الشهر أول ليلة ويومها وأول الشهر إلى ما دون النصف وآخره إلى مضي خمسة عشر يوماً.

---

(١) سورة مريم، الآية: (٤٦).

وقد روي عن أبي يوسف فيمن قال لله علي أن أصومَ أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر فعليه صوم اليوم الخامس عشر والسادس عشر لأن الخامسَ عشر آخر أوله والسادس عشر أول آخره، إذا قال والله لأكلمنك أحد يومين أو لأخرجن أحد يومين، أو قال اليومين أو قال أحد أيامي، فهذا كله على أقل من عشرة أيام إن كلمه قبل العشرة أو خرج قبل العشرة لم يحنث ويدخل في ذلك الليل والنهار، لأن مثل هذا لا يراد به يومان بأعيانهما، وإنما يذكر على طريق التقريب على طريق العشرة وما دونها في حكم الزمان الحاضر فإن قال: أحد يوميّ هذين فهذا على يومه ذلك والغد، لأنه أشار إلى اليومين والإشارة تقع على المعين.

ولو حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً هذه السنة إلا يوماً فإن جمع كلامهما في يوم له استثناه لا يحنث، لأن اليوم الذي يكلمهما فيه مستثنى من اليمين فإن كلم أحدهما في يوم والآخر في يوم حنث، لأن المستثنى يوم يكلمهما جميعاً فيه، ولم يوجد فقد كلمهما في غير اليوم المستثنى فيحنث، فإن كلم أحدهما ثم كلمهما جميعاً في يوم لم يحنث، لأن اليوم الذي كلمهما فيه مستثنى وشرط الحنث في غيره كلامهما لا كلامَ أحدهما وإن كلمهما في يوم آخر لم يحنث[1]، لأن الاستثناء وقع على يوم منكر يكلمهما فيه فكأنه قال: إلا يوم أكلمهما فيه، ولو استثنى يوماً معروفاً فكلم أحدهما فيه والآخر في الغد لم يحنث، لأن شرط الحنث في غير اليوم المستثنى كلامهما ولم يوجد فلم يوجد الشرط بل بعضه.

وقال محمد: إذا قال لا أكلمهما إلا يوماً لم يحنث بكلامهما في يوم واحد، وإن كلمهما في يوم آخر حنث لأنه لم يستثن إلا يوماً واحداً وقد وجد فصارت اليمين بعده مطلقة.

وروى هشام عن محمد: إذا قال: لا أكلمَك شهراً إلا يوماً أو قال: غير يوم أنه على ما نوى، وإن لم تكن له نية فله أن يتحرى أي يوم شاء لأنه استثنى يوماً منكراً وكل يوم من الشهر يصلح للاستثناء، فإن قال: نقصان يوم، فهذا على تسعة وعشرين يوماً، لأن نقصان الشهر يكون من آخره والله عز وجل أعلم.

ولو حلفَ لا يكلم فلاناً أو فلاناً فكلم أحدهما حنث، لأن كلمة أو إذا ذكرت عقيب كلمة النفي أوجبت انتفاء كل واحد من المذكورين على الانفراد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ آثِماً أَوْ كَفُوراً﴾[1] أي ولا كفوراً.

وكذلك لو قال: ولا فلاناً لأن كلمة النفي إذا أعيدت تناولت كل واحد من المذكورين على حياله، قال الله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾[2] ولو حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لم يحنث حتى يكلمهما، لأن حرفَ الواو للجمع، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكأنه حلفَ لا يكلمهما فقد علق الجزاء بشرطين فلا ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر.

ولو حلف: لا يكلم فلاناً وفلاناً أو فلاناً فإن كلمَ أحد الأولين لا يحنث ما لم يكلمهما، وإن كلم الثالث حنث، لأنه جعل شرط الحنث كلام الأولين جميعاً أو كلام الثالث فأي ذلك وجد حنث.

ولو قال: لا أكلم هذا أو هذا وهذا، فإن كلم الأول حنث، وإن كلم أحد الآخرين لم يحنث لأنه جعلَ

---

(١) أي: فإن كلّم أحدهما في يوم ثم كلمهما في يوم آخر لم يحنث.
(٢) سورة البقرة، الآية: (١٩٧).

شرطَ الحنث كلام الأول أولاً ثم الآخرين فيراعى شرطه، ولو حلف لا يكلم الناس أو لا يكلم بني آدم فكلم واحداً منهم يحنث لأنه لا يمكن حمله على الجنس والعموم، لأن الحالفَ إنما يمنع نفسه عما في وسعه وليس في وسعه تكليم الناس كلهم فلم يكن ذلك مراده، وإلى هذا أشار محمد في «الجامع» فقال: ألا ترى أنه لا يقدر أن يكلم بني آدم كلهم، وليس ههنا معهود يصرف اللفظ إليه فتعين الصرف إلى بعض الجنس ويضمر فيه لفظة البعض وإن عنى به الكل لا يحنث أبداً ويكون مصدقاً فيما بينه وبين الله عز وجل، وفي القضاء أيضاً لأنه نوى حقيقة كلامه وهي الجنس.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يدين في القضاء، لأنه لا يراد الجنس بهذا الكلام فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق قضاءً، وعلى هذا إذا حلف لا يتزوج النساء أو لا يشتري العبيد.

ولو حلف لا يبتدىء فلاناً بكلامه أبداً فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه معاً لم يحنث الحالف لعدم شرط الحنث وهو ابتداؤه فلاناً بالكلام، لأن ذلكَ بتكليمه قبل تكليم صاحبه ولم يوجد، وكذلك لو قالَ إن كلمتك قبل أن تكلمني فإنه لما خرج كلاماهما معاً فلم يكلم الحالف قبل تكليمه فلم يوجد شرط الحنث، ولو قال إن كلمتك حتى تكلمَني فتكلما معاً لم يحنث في قول أبي يوسف وقال محمد: يحنث.

وجه قوله أن الحالف بقوله: إن كلمتك منع نفسه عن تكليمه مطلقاً، وجعل تكليم صاحبه إياه غاية لانحلالِ اليمين فإذا كلمه قبل وجود الغاية حنث، ولأبي يوسف أن غرض الحالف من هذا الكلام أن يمنع نفسه عن تكليم المحلوف عليه قبل كلامه ولم يوجد ذلك فصار كأنه قال إن بدأتك.

وعلى هذا الخلاف إذا قال لا أكلمك إلا أن تكلمني، لأن كلمةَ إلا أن إذا دخلت على ما يتوقت كانت بمعنى حتى قال الله تعالى: ﴿لاَ يَزَالُ بُنْيَانهم الذِي بَنوا رِيبةً فِي قُلُوْبِهِمْ إلاّ أَنْ تَقطع قُلُوبُهُمْ﴾[1] وكذلك لو حلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان وحلف الآخر على مثل ذلك فدخلا جميعاً لم يحنث عند أبي يوسف، ويحنث عند محمد والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الحلف على الإظهار والإفشاء والإعلان والكتمان والإسرار والإخفاء والإخبار والبشارة والقراءة ونحوها إذا حلف لا أظهر سرك لفلان أو لا أفشي أو حلف ليكتمن سره أو ليسترنه أو ليخفينه فكلم فلاناً بسره أو كتب إليه فبلغه الكتاب أو أرسل إليه رسولاً فبلّغه الرسالة أو سأله فلان عن ذلك وقال أكان من الأمر كذا فأشار الحالف برأسه أي نعم فهو حانث لوجود شرط الحنث وهو إظهار السر إذ الإظهار إثبات الظهور وذلك لا يقف على العبارة بل يحصل بالدلالة والإشارة.

ألا ترى أنه يقال: ظهر لي اعتقاد فلان إذا فعل ما يدل على اعتقاده، وكذا الإشارة بالرأس عقيب السؤال يثبت به ظهور المشار إليه فكان إظهاراً، فإن نَوَى به الكلام أو الكتاب دون الإيماء دين في ذلك، لأنه نوى تخصيص ما في لفظه فيدين فيما بينه وبين الله عز وجل، وكذلك لو حلف لا يعلم فلاناً بمكان فلان فسأله المحلوف عليه أفلان في موضع كذا وكذا فأومأ برأسه أي نعم يحنث لوجود شرط الحنث وهو الإعلام إذ هو إثبات العلم الذي يحد بأنه صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هي به فإن نوى به الإخبار بالكلام أو

---

(١) سورة التوبة، الآية: (١١٠).

بالكتاب يدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى تخصيص العموم وأنه جائز، وإن كان خلاف الظاهر فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر، ولو كان مكان الإعلام إخبار بأن حلف لا يخبر فلاناً بمكان فلان لا يحنث إلا بالكلام أو بالكتاب أو بالرسالة، ولو أومأ برأسه لا يحنث، وكذا لو ذهب به حتى أوقفه على رأس فلان لا يحنث، لأن شرطَ الحنث هو الإخبار والإشارة ليست بخبر، وكذا الإيقاف على رأسه إذ الخبر من أقسام الكلام.

ألا ترى أنهم قالوا: أقسام الكلام أربعة: أمر ونهي وخبر واستخبار ويحد بأنه كلام عري عن معنى التكليف، والإشارة ليست بكلام فلم تكن خبراً والإيقاف على رأسه من باب الإعلام لا من باب الخبر وكل خبر إعلام وليس كل إعلام خبراً، والدليل عليه أن الكتاب إذا قرىء على إنسان، وقيل له: أهو كما كتب فيه فأشار برأسه أي نعم لا يصير مقراً وكل إقرار إخبار.

وكذا لو حلف لا يقر لفلان بمال فقيل له ألفلان عليك ألف درهم فأشار برأسه أي نعم لا يكون ذلك منه إقراراً، وكذا إذا قرأ على إنسان كتاب الإخبار، فقيل له أهو كما قرأت عليك فأومأ برأسه أي نعم لا يصير مقراً وكل إقرار إخبار، وكذا إذا قرأ على إنسان كتاب الأخبار، فقيل له أهو كما قرأت عليك فأومأ برأسه أي نعم ليس له أن يروي عنه بحدثنا ولا بأخبرنا، فدل أن الإيماء ليس بأخبار.

ولو نوى بالإخبار الإظهار أو الإعلام يحنث إذا أومأ، لأنه جعله مجازاً عن الإظهار لمناسبةٍ بينهما وفيه تشديد على نفسه فيصدق، ثم في يمين الإظهار والإعلام لو أراد الحالف أن لا يحنث ويحصل العلم والظهور ينبغي أن يقال له أنا نعد عليك أمكنة أو أشياء من الأسرار فإن لم تتكلم بمكان فلان ولا سره فقل لنا ليس كما تقولون وإن تكلمنا بسره أو بمكانه فاسكت ففعل ذلك لا يحنث لانعدام شرط الحنث وهو الإظهار والإعلام لما ذكرنا أن الإظهارَ هو إثبات الظهور والإعلام هو إثبات العلم ولم يوجد، لأن الظهور والعلم حصل من غير صنعه، وهذه الحيلة منقولة عن أبي حنيفة والقصة مشهورة.

وكذلك لو حلف لا يدلهم ففعل مثل ذلك فهذا ليس بدلالة، لأن الحالف حلف على فعل نفسه وهو الدلالة لا على فعلهم وهو الاستدلال والموجود ههنا فعلهم لا فعله فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث، ولو أومأ إليهم برأسه أو أشار إليهم كان ذلك دلالة إلا أن يعني بالدلالة الخبر باللسان أو بالكتاب فيكون على ما عنى لأن اسم الدلالة يقع على الفعل، والقول لوجود معناها فيهما فإذا نوى به أحدهما فقد نوى تخصيص ما في لفظه فيصدق والبشارة حكمها حكم الخبر في أنها لا تتناول إلا الكلام أو الكتاب، لأنها خبر إلا أنها خبر موصوف بصفة وهو الخبر الذي يؤثر في بشرة وجه المخبر له بإظهار أثر السرور، وقد يستعمل فيما يؤثر في بشرته بإظهار أثر الحزن مجازاً كما في قوله عز وجل: ﴿فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[1] لكن عند الإطلاق يقع على الأول وإنما يقع على الثاني بالقرينة.

وكذا الإقرار بأن حلف أن لا يقر لفلان بحقه فهو على مثل الخبر ولا يحنث بالإشارة، لأن الإقرار إخبار عن الماضي، ثم يقع الفرق بين البشارة والإعلام وبين الإخبار من حيث أن الإعلامَ والبشارة يشترط

(١) سورة آل عمران، الآية: (٢١).

لثبوتهما الصدق، فلا يثبتان بالكذب ولا بما علمه المخاطب قبل الإعلام والبشارة، سواء وصل ذلك بحرف الباء أو بكلمة أن حتى أنه لو قال لغيره: إن أعلمتني أن فلاناً قدمَ، أو قال إن أعلمتني بقدوم فلان فأخبره كاذباً لا يحنث، لأن الإعلام إثبات العلم والكذب لا يفيد العلم، وكذا لو كان المخاطب عالماً بقدومه، لأن إثباتَ الثابت محال.

وكذا في البشارة لأنها اسم لخبر سار والكذب لا يسر وإذا كان عالماً بقدومه فالسرور كان حاصلاً، وتحصيل الحاصل مستحيل، وأما الخبر فإن وصله بحرف الباء بأن قال: إن أخبرتني بقدوم فلان فالجواب فيه، وفي الإعلام والبشارة سواء وإن وصله بكلمة أن بأن قال: إن أخبرتني أن فلاناً قدم فأخبره كاذباً أو أخبره بعد ما كان علم المخاطب بقدومه بإخبار غيره يحنث، والفرق يعرف في «الجامع الكبير».

ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه فكتب أو أشار لا يحنث، لأن الكتابةَ والإشارة ليست بكلام وإنما تقوم مقامه.

ألا ترى أن الله تعالى أنزل إلينا كتاباً ولا يقال: إن الله تعالى في العرف كلمنا فإن سئل عنه، فقال: نعم فقد تكلم، لأن قوله: نعم لا يستقل بنفسه ويضمر فيه السؤال كما في قوله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾[1] أي وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً، فقد أتى بكلام دال على المراد.

ولو حلف: لا يستخدم فلانة فاستخدمها بكلام أو أمرها بشيء من خدمة أو أشار إليها بالخدمة فقد استخدمها فهو حانث، لأن الاستخدامَ طلب الخدمة وقد وجد، ولو كانت هذه الأيمان كلها وهو صحيح ثم خرس فصار لا يقدر على الكلام كانت أيمانه في هذا كله على الإشارة والكتاب في جميع ما وصفنا إلا في خصلة واحدة وهي أن يحلف أن لا يتكلم بسر فلان فلا يحنث إلا بالتكلم، لأن الكلام العرفي اسم لحروف منظومة تدل على معنى مفهوم، وذلك لا يوجد في الإشارة والخبر والإفشاء والإظهار من الأخرس إنما يكون بالإشارة فيحنث بهما وكل شيء حنث فيه من هذه الأشياء بالإشارة، فقال: أشرت وأنا لا أريد الذي حلفت عليه، فإن كان فعل ذلك جواباً لشيء مما سئل عنه لم يصدق في القضاء، لأن الإشارةَ فيها احتمال، فإن كان هناك دلالة حال زال الاحتمال، وإن لم يكن يرجع إلى نيته.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن محمد إذا قال: والله لا أقول كذا لفلان فهو عندي مثل الخبر والبشارة، ألا يرى أن رجلاً لو قال: والله لا أقول لفلان صبحك الله بخير ثم أرسل إليه رسولاً فقال: قل لفلان يقول لك فلان: صبحك الله بخير فإنه حانث قال: ألا ترى أن القائل هو المرسل، وأن الرسولَ هو القائل ذلك لفلان، ولو كان هو هذا[2] الذي حلف عليه لم يحنث.

ألا ترى أن الرجل يقول: قال الله عز وجل لنا في كتابه الكريم كذا، ولو قال: والله لا أكلم فلاناً بهذا الأمر، فهذا على الكلام بعينه لا يحنث بكتاب ولا رسول، ألا ترى أنك لا تقول: كلمنا الله تعالى بكذا.

وأما الحديث فهو على المشافهة لأن ما سوى الكلام ليس بحديث، ولو قال: أي عبيدي يبشرني بكذا

---

(١) سورة الأعراف، الآية: (٤٤).
(٢) أي: الرسول.

فهو حر فبشروه جميعاً عتقوا لوجود البشارة من كل واحد منهم لوجود حد البشارة وهو ما ذكرناه، ولو بشره واحد بعد واحد لم يعتق الثاني لأنه ليس بمبشر وإنما هو مخبر.

ألا ترى أن خبر الثاني لا يؤثر في وجه المخبر له، ولهذا قال ابن مسعود رضي الله عنه لما بلغه قول النبي ﷺ: «مَنْ أَراد أَنْ يقرأَ القرآنَ غضاً طرياً كما أُنزل فلْيَقْرَأْ بقراءةِ ابنِ أمِّ عبد»، وأخبره بِذَلِكَ أبو بكر، ثم عمر رضي الله عنهما فقال رضي الله عنه: «بشَرني به أبو بكر، ثُمّ أخبرني به عمر رَضي اللَّهُ عَنْهُمَا»[١]، فإن أرسل إليه أحدهم رسولاً، فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل فقال إن عبدك فلان يخبرك بكذا عتق العبد، لأن المرسل هو المبشر وإن أخبر الرسول ولم يضف ذلك إلى العبد لم يعتق العبد، لأن البشارة منه لا من المرسل.

ولو حلف: لا يكتب إلى فلان فأمر غيره فكتب، فقد روى هشام عن محمد أنه قال سألني هارون الرشيد أمير المؤمنين أصلحه الله عن هذا فقلت: إن كانَ سلطاناً يأمر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب فإنه يحنث لأنه إذا كان لا يباشر الكتابة بنفسه عادةً بل يستكتب غيره فيمينه تقع على العادة وهو الأمر بالكتابة.

قال هشام: قلت لمحمد فما تقول إذا حلف لا يقرأ لفلان كتاباً فنظر في كتابه حتى أتى آخره وفهمه ولم ينطق به، قال سأل هارون أبا يوسف عن ذلك وقد كان ابتُليَ بشيء منه، فقال: لا يحنث ولا أرى أنا ذلك.

وقد روى خلف بن أيوب، وداود بن رشيد[٢]، وابن رستم أيضاً عن محمد أنه يحنث، فأبو يوسف اعتبر الحقيقة لأنه لم يقرأه حقيقة إذ القراءة لا تكون إلا بتحريك اللسان بالحروف ولم يوجد، ألا ترى أن المصلي القادر على القراءة إذا لم يحرك لسانه بالحروف لا تجوز صلاته، وكذا لو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها وفهمها ولم يحرك لسانه لم يحنث، ومحمد اعتبر العرف والعادة ومعاني كلام الناس وهم إنما يريدون بمثل هذه اليمين الامتناع عن الوقوف على ما في الكتاب، وقد وقف على ما فيه فيحنث.

قال هشام عن محمد: إذا قرأ الكتاب إلا سطراً قال: كأنه قرأه.

قلت: فإن قرأ نصفه قال: لا يعني لم يقرأه.

قال محمد: إذا قرأ بعضه فإن أتى على المعاني التي يحتاج إليها فكأنه قد قرأه، لأن تلكَ المعاني هي المقصودة بالكتاب.

ولو حلف: لا يقرأ سورة فترك منها حرفاً حنث، وإن ترك آية طويلة لم يحنث لأنه يسمى قارئاً للسورة مع ترك حرف منها ولا يسمى مع ترك ما هو في حكم الآية الطويلة.

وروى ابن رستم عن محمد أنه قال: لا أبلغك مثل لا أخبرك، وكذلك أذكرك بشيء أو لا أذكرك شيئاً فإنه يحنث بالكتاب، فأما الذكر والإخبار والإعلام والإبلاغ على الكتاب[٣] والقول والكلام على الكتاب أيضاً.

---

(١) أخرجه أبو يعلى في «مسنده» عن عمر بطريقين رقم (١٩٤) و (١٩٥) لكن دون قول عبد الله هذا بل قال فيه عمر «فقلت: والله لأغدون إليه فلأبشرنه قال: فغدوت إليه لأبشره فوجدت أبا بكر قد سبقني إليه فبشره».
وأخرجه البيهقي في «السنن» (١/ ٤٥٢).

(٢) داود بن رشيد: تقدم ذكره.

(٣) أي: فهو على الكتاب.

قال عمرو: سألت محمداً عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتمثل بنصف بيت قال: لا يحنث، قال: قلت، فإن كان نصف البيت من شعر آخر قال: لا أدري ما هذا لا يحنث، لأن الشعرَ ما ظهر فيه النظم، وذلك لا يكون إلا في بيت قال: وسألت محمداً عن رجل فارسي حلف أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن قال: لا يحنث.

وإن حلفَ رجل فصيح: أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن حنث إذا لم يكن لأحدهما نية، لأن العربي إنما أراد بيمينه أن يقرأ بموضوع العرب وذلك المعرب دون الملحون، فأما العجمي فإنما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون يعد من العربية والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الحلف على الأكل والشرب والذوق والغداء والعشاء والسحور والضحوة والتصبح، فلا بد من بيان معاني هذه الأشياء فالأكل هو إيصال ما يحتمله المضغ بفيه إلى الجوف مضغ أو لم يمضغ كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها، والشرب إيصال ما لا يحتمل المضغ من المائعات إلى الجوف مثل الماء والنبيذ واللبن والعسل الممخوض والسويق الممخوض وغير ذلك، فإن وجدَ ذلك يحنث وإلا فلا يحنث إلا إذا كان يسمىٰ ذلك أكلاً أو شرباً في العرف والعادة فيحنث إذا عرف هذا، فنقول: إذا حلف لا يأكل كذا ولا يشربه فأدخله في فيه ومضغه ثم ألقاه لم يحنث حتى يدخله في جوفه لأنه بدون ذلك لا يكون أكلاً وشرباً بل يكون ذوقاً لما نذكر معنى الذوق إن شاء تعالى في موضعه.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل حلف لا يأكل هذه البيضة أو لا يأكل هذه الجوزة فابتلعها قال قد حنث لوجود حد الأكل وهو ما ذكرنا.

ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمضغه ويرمي بثفله ويبلع ماءه لم يحنث في الأكل ولا في الشرب، لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب بل هو مصّ وإن عصرَ ماء العنب فلم يشربه وأكل قشره وحصرمه فإنه يحنث، لأن الذاهبَ ليس إلا الماء وذهاب الماء لا يخرجه من أن يكون أكلاً له، ألا ترى أنه إذا مضغه وابتلع الماء أنه لا يكون أكلاً بابتلاع الماء بل بابتلاع الحصرم، فدل أن أكل العنب هو أكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث.

وقال هشام عن محمد: في رجل حلف لا يأكل سكراً فأخذ سكرة فجعلها في فيه فجعل يبلع ماءها حتى ذابت قال لم يأكل، لأنه حين أوصلها إلى فيه وصلت وهي لا تحتمل المضغ؛ وكذا روى عن أبي يوسف فيمن حلف: لا يأكل رماناً فمص رمانة أنه لا يحنث.

ولو حلف: لا يأكل هذا اللبن فأكله بخبز أو تمر أو حلف: لا يأكل هذا الخل فأكله بخبز يحنث لأن أكل اللبن هكذا يكون، وكذلك الخل لأنه من جملة الإدام فيكون أكله بالخبز كاللبن، فإن أكل ذلك بانفراده لا يحنث، لأن ذلكَ شرب وليس بأكل، فإن صبَّ على ذلك الماء ثم شربه لم يحنث في قوله: لا آكل لعدم الأكل، ويحنث في قوله: لا أشرب لوجود الشرب، وكذلك إن حلفَ لا يأكل هذا الخبز فجففه ثم دقّه وصب عليه الماء فشربه لا يحنث، لأن هذا شرب لا أكل، فإن أكله مبلولاً أو غيرَ مبلول يحنث، لأن الخبز هكذا يؤكل عادة، وكذلك السويق إذا شربه بالماء فهو شارب وليس بأكل.

ولو حلف لا يأكل طعاماً فإن ذلك يقع على الخبز واللحم والفاكهة سوى التمر ونحو ذلك ويقع على ما يؤكل على سبيل الإدام مع الخبز، لأن الطعام في اللغة اسم لما يطعم إلا أنه في العرف اختص بما يؤكل

بنفسه أو مع غيره عادةً ولا يقع على الهليلج[١] والسقمونيا[٢]، وإن كان ذلك مطعوماً في نفسه لأنه لا يؤكل عادةً، وإن حلفَ لا يأكل من طعام فلان فأخذ من خله أو زيته أو كامخه[٣] أو ملحه فأكله بطعام نفسه يحنث، لأن العادة قد جرت بأكل هذه الأشياء مع الخبز إداماً له، قال النبي ﷺ: «نِعْمَ الإدامُ الخلّ»[٤]، فكان طعاماً عرفاً فيحنث، فإن أخذَ من نبيذ فلان أو مائه فأكل به خبزاً لا يحنث لأنه لا يؤكل مع الخبز عادةً فلا يسمى طعاماً، وكذا قال أبو يوسف: الخل طعام والنبيذ والماء شراب، وقال محمد الخل والملح طعام لما ذكرنا أن الخلَ والملح مما يؤكل مع غيره عادة والنبيذ والماء لا يؤكل عادة.

ولو حلف لا يشتري طعاماً فإنه يقع على الحنطة ودقيقها، وكان ينبغي في القياس أن يقع على جميع المطعومات كما في اليمين على الأكل، إلا أن في الاستحسان يقع على الحنطة ودقيقها، لأن البيعَ لا يتم بنفسه بل بالبائع، وبائع الحنطة يسمى بائع الطعام في العرف، والأكل يتم بنفسه فيعتبر نفس الأكل دون غيره وصار هذا كمن حلف لا يشتري حديداً فاشترى سيفاً لم يحنث لأن بائعه لا يسمى حداداً.

ولو حلف لا يمس حديداً فمسّ سيفاً يحنث، لأن المسَّ فعل يتم بنفسه، وعلى هذا باب الزيادات، وروي عن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل طعاماً فاضطر إلى ميتة فأكل منها لم يحنث، وقال الكرخي: وهو إحدى الروايتين عن محمد، وروى ابن رستم عن محمد: أنه يحنث.

وجه هذه الرواية أن الميتة في حال المخمصة طعام مباح في حق المضطر بمنزلة الطعام المباح في غير هذه الحالة فوجد شرط الحنث فيحنث.

وجه قول أبي يوسف وإحدى الروايتين عن محمد أن إطلاق اسم الطعام لا يتناوله، لأنه لا يسمى طعاماً عرفاً وعادة، لأنه لا يؤكل عادة ومبنى الإيمان على معاني كلام الناس.

وروى عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل حراماً فاضطر إلى ميتة فأكلها قال: لا يحنث، وروى عنه أنه حانث في يمينه وإثمه موضوع.

وجه هذه الرواية: أن الميتة محرمة والرخصة أثرها في تغيير الحكم وهو المؤاخذة، لا في تغيير وصف الفعل وهو الحرمة كالمكره على أكل مال الغير.

وجه الرواية الأولى: وهي الصحيحة أن الميتةَ حال المخمصة مباحة مطلقاً لا حظر فيها بوجه في حق المضطر، وأثر الرخصة في تغيير الحكم والوصف جميعاً بدليل أنه لو امتنع حتى مات يؤاخذ به، ولو بقيت الحرمة لم تثبت المؤاخذة كما لو امتنع من تناول مال الغير حالة المخمصة أو الإكراه.

---

(١) نبات على أربعة أنواع ومنه الهندي المعروف في مصر بالشعيري يزيل الرطوبات (تذكرة).

(٢) لبن يسيل من نبات ينبت بالأحجار والجبال ينفع للحلة والجذام والبلغم (تذكرة).

(٣) نوع من أدم.

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» برقم (٣/ ٣٧١) ومسلم في «صحيحه» كتاب الأشربة باب فضيلة الخل والتأدم به (٥٣١٨)، والترمذي في «السنن» كتابَ الأطعمة باب ما جاء في الخل رقم (١٨٤٠).
والحاكم في «المستدرك» كتاب معرفة الصحابة باب ذكر أم هانيء. (٤/ ٥٢).

قال خلف بن أيوب: سألت أسد بن عمر رضي الله عنهما في رجل حلف لا يأكل حراماً فأكل لحم قرد أو كلب أو حدأة أو غراب قال: لا يحنث إلا أن يعني ذلك فيحنث، لأن مطلق الحرام هو ما تثبت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة هذه الأشياء محل الاجتهاد.

وقال خلف بن أيوب: سألت الحسن فقال: هذا كله حرام لقيام دليل الحرمة فيها، وإن لم يكن مقطوعاً به، وروى المعلى عن أبي يوسف ومحمد فيمن حلف لا يركب حراماً قال: هذا على الزنا، لأن الحرامَ المطلق ينصرف إلى الحرام لعينه وهو الزنا، ولأنه يراد به الزنا في العرف فينصرف إليه، وقال محمد فإن كانَ الحالف خصياً أو مجبوباً فهو على القبلة الحرام وما أشبهها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن حلف لا يطأ امرأة وطأ حراماً فوطىء امرأته وقد ظاهر منها أو وهي حائض قال لا يحنث إلا أن ينوي ذلك لأن الحرمة تثبت بعارض الحيض والظهار، ومطلق التحريم لا يقع على التحريم العارض، وقال ابن رستم عن محمد فيمن حلف لا يأكل حراماً فاشترى بدرهم غصبه من إنسان طعاماً فأكله لم يحنث، لأن مطلق اسم الحرام إنما يقع على ما كانت حرمته لحق الله تعالى وحرمة هذا لحق العبد، ولو غصب خبزاً أو لحماً فأكله يحنث بعرف الناس، ولو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع آخر حنث، إلا أن يكون نوى شراءه وحده، وكذلك لو حلف لا يأكل من طعام ملكه فلان، لأن بعض الطعام طعام حقيقة ويسمى طعاماً عرفاً أيضاً بخلاف ما إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً بينه وبين آخر أنه لا يحنث، لأن بعض الدار لا يسمى داراً. وكذلك لو حلف لا يلبس ثوباً يملكه فلان أو يشتريه فلان فلبس ثوباً اشتراه فلان مع آخر لا يحنث لأن بعض الثوب لا يسمى ثوباً.

ولو حلف لا يأكل إداما، فالإدام كلّ ما يصطبغ به مع الخبز عادةً، كاللبن والزيت والمرق والخل والعسل ونحو ذلك وما لا يصطبغ به فليس بإدام، مثل اللحم والشوي والجبن والبيض. وهذا قول أبـي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبـي يوسف.

وقال محمد وهو أحد الروايتين عن أبـي يوسف: أن كل ما يؤكل بالخبز فهو إدام مثل اللحم والشواء والبيض والجبن.

وروى ابن سماعة عن أبـي يوسف أن الجوز اليابس إدام. واحتج محمد بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**سَيّدُ إِدَام أَهْلِ الجَنَّة اللّحْم، وسيدُ ريَاحِيْن أَهْلِ الجَنّة الْفَاغِيَة**» وهي ورد الحناء[1] وهذا نص، ولأن

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب الأطعمة باب اللحم وقال في «الزوائد» وهو بلفظ: «سيد طعام أهل الدنيا وأهل الجنة اللحم» وفيه:

ورواه الطبراني في «الأوسط» مطوّلاً وقال في «الزوائد»: فيه سعيد بن عبية القطان.
ولم أعرفه وبقية رجاله ثقات وفي بعضهم كلام لا يضر (٥٠/ ٣٥).
وقال العقيلي: هذا حديث غير محفوظ.
رواه البيهقي في الشعب وقال: تفرد به أبو هلال محمد بن سليم.
وهو من رجال الأربعة وثقه أبو داود وقال ابن معين صدوق وقال النسائي وغيره ليس بقوي. وهذا من «اللآلىء المصنوعة» للسيوطي (٢/ ٢٢٤).

الادام من الائتدام وهو الموافقة قال النبي ﷺ لمغيرة حِيْنَ أرادَ أنْ يتزوجَ امرأةً: «لَوْ نَظَرْتَ إِلَيْهَا لَكَانَ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»[١] أي يكون بينكما الموافقة، ومعنى الموافقة بين الخبز وبين هذه الأشياء في الأكل ظاهر فكانت إداماً، ولأن الناس يأتدمون بها عرفاً وعادةً.

ولأبي حنيفة أن معنى الإدام وهو الموافقة على الإطلاق، والكمال لا يتحقق إلا فيما لا يؤكل بنفسه مقصوداً، بل يؤكل تبعاً لغيره عادة. وأما ما يؤكل بنفسه مقصوداً فلا يتحقق فيه معنى الموافقة، وما لا يصطبغ يؤكل بنفسه فيختل معنى الإدام فيه، واللحم ونحوه مما يؤكل بنفسه عادة مع ما أنّ من سكان البراري من لا يتغذى إلا باللحم.

وبه تبين أن إطلاق اسم الإدام عليه في الحديث على طريق المجاز، والبطيخ ليس بإدام في قولهم جميعاً، لأنه لا يحتمل الاصطباغ به ولا يؤكل بالخبز عادةً، وكذا البقل ليس بإدام في قولهم، ألا ترى أن آكله لا يسمى مؤتدماً؟

وسئل محمد عن رجل حلف لا يأكل خبزاً مأدوماً، فقال الخبز المأدوم الذي يثرد ثرداً يعني في المرق والخل وما أشبهه، فقيل له فإن ثردَه في ماء أو ملح؟ فلم ير ذلك مأدوماً، لأن من أكل خبزاً بماء لا يسمى مؤتدماً في العرف.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إن تسمية هذه الأشياء على ما يعرف أهل تلك البلاد في كلامهم.

ولو حلف لا يأكل خبزاً ولا نيةَ له فهو على خبز الحنطة والشعير إلا إن كان الحالف في بلد لا يأكل فيها إلا خبز الحنطة فإن يمينه تقع على خبز الحنطة لا غير وإن أكل من خبز لوذينج وأشباه ذلك لا يحنث إلا أن يكون نواه، وإن أكل من خبز الذرة والأرز، فإن كانَ من أهل بلاد ذلك طعامهم حنث، وإن كان من أهل الكوفة ونحوها ممن لا يأكلَ ذلك عامتهم لا يحنث إلا أن ينوي ذلك، لأن اسم الخبز يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يراد به خبز القطائف عند الإطلاق فلا يحمل عليه. وكذا خبز الأرز في البلاد التي لا يعتاد أكله فيها.

ولو حلف لا يأكل لحماً فأي لحم أكل من سائر الحيوان غير السمك يحنث ثم يستوي فيه المحرم وغير المحرم والمطبوخ والمشوي والضعيف، لأن اللحم اسم لأجزاء الحيوان الذي يعيش في البر فيحنث إذا أكل لحم ميتة أو خنزير أو إنسان أو لحم شاة ترك ذابحها التسمية على ذبحها عمداً، أو أكل ذبيحة مجوسي أو مرتد أو لحم صيد ذبحه المحرم، ويستوي فيه لحم الغنم والبقر والإبل، لأن اسمَ اللحم يتناول الكل، وإن أكلَ سمكاً لا يحنث وإن سماه الله عز وجل لحماً في القرآن العظيم بقوله تعالى: ﴿لَحْماً طَرِيًّا﴾[٢] لأنه لا يراد به عند الإطلاق اسم اللحم فإن الرجل يقول ما أكلت اللحم كذا وكذا يوماً، وإن كان قد أكل سمكاً، ألا

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٢٤٤)، والدارمي في «السنن» (٢/ ٢١٧) كتاب النكاح باب الرخصة في النظر للمرأة عند الخطبة وابن ماجه في «السنن» كتاب النكاح باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها (١٨٦٥) الترمذي في «السنن» كتاب النكاح باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة وقال: حديث حسن. والنسائي في «المجتبى» كتاب النكاح (٦/ ٦٩) باب إباحة النظر قبل التزويج رقم (١٠٨٧).

(٢) سورة النحل، الآية: (١٤).

ترى أن من حلف لا يركب دابة فركب كافراً لا يحنث، وإن سماه الله عز وجل دابة بقوله عز وجل: «إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِ عِنْدَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا»[١].

وكذا لو حلف لا يخرب بيتاً فخرب بيت العنكبوت لم يحنث، وإن سماه الله سبحانه وتعالى بيتاً في كتابه العزيز بقوله: ﴿وإِنَّ أَوْهَنَ الْبُيُوتِ لَبَيْتُ الْعَنْكَبُوتِ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾[٢] وكذا كل شيء يسكن الماء فهو مثل السمك، ولو أكل أحشاء البطن مثل الكرش والكبد والفؤاد والكُلى والرئة والأمعاء والطحال، ذكر الكرخي أنه يحنث في هذا كله إلا في شحم البطن.

وهذا الجواب على عادة أهل الكوفة في زمن أبي حنيفة وفي الموضع الذي يباع مع اللحم، وأما في البلاد التي لا يباع مع اللحم أيضاً فلايحنث به، فأما شحم البطن فليس بلحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ولا يباع مع اللحم أيضاً فإن نواه يحنث لأنه شدد على نفسه، وكذلك الإلية لا يحنث بأكلها لأنها ليست بلحم، فإن أكل شحم الظهر أو ما هو على اللحم حنث لأنه لحم لكنه لحم سمين ألا ترى أنه يقال لحم سمين، وكذا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم.

وكذلك لو أكل رؤوس الحيوانات ما خلا السمك يحنث، لأن الرأسَ عضو من أعضاء الحيوان فكان لحمه كلحم سائر الأعضاء، بخلاف ما إذا حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً إنه لا يحنث، لأن مشتريه لا يسمى مشتري لحم، وإنما يقال اشترى رأساً.

ولو حلف لا يأكل شحماً فاشترى شحم الظهر لم يحنث في قولِ أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يحنث.

وذكر في «الجامع الصغير» في رجل حلف لا يشتري شحماً فأي شحم اشترى لم يحنث، إلا أن يشتري شحم البطن، وكذا لو حلف لا يأكل شحماً.

ولهما: قوله تعالى: ﴿ومِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيهم شُحُومَهُمَا إلاّ ما حَملت ظُهُورهُمَا﴾[٣] والمستثنى من جنس المستثنى منه، فدل أن شحم الظهر شحم حقيقة.

ولأبي حنيفة أنه لا يسمى شحماً عرفاً وعادةً، بل يسمى لحماً سميناً فلا يتناوله اسم الشحم عند الإطلاق، وتسمية الله تعالىٰ إياه شحماً لا يدل على دخوله تحت اليمين إذا لم يكن الاسم متعارفاً، لأن مطلقَ كلام الناس ينصرف إلى ما يتعارفونه، كما ضربنا من الأمثلة في لحم السمك، وقال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجاً﴾[٤] وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالأَرْضَ بِسَاطاً﴾[٥] ثم لا يدخلان في اليمين على البساط والسراج. كذا هذا.

---

(١) سورة الأنفال، الآية: (٥٥).
(٢) سورة العنكبوت، الآية: (٤١).
(٣) سورة الأنعام، الآية: (١٤٦).
(٤) سورة نوح، الآية: (١٦).
(٥) سورة نوح، الآية: (١٩).

وقد قالوا: فيمن حلفَ لا يشتري شحماً ولا لحماً فاشترى إلية أنه لا يحنث، لأنها ليست بشحم ولا لحم.

وقال عمرو عن محمد: فيمن أمر رجلاً أن يشتري له شحماً فاشترى شحم الظهر أنه لا يجوز على الأمر، وهذا يدل على أن إطلاق اسم الشحم لا يتناول شحم الظهر كما قاله أبو حنيفة فيكون حجة على محمد.

ولو حلف لا يأكل له لحم دجاج فأكل لحم ديك حنث، لأن الدجاج اسم للأنثى والذكر جميعاً، قال جرير[1]:

لما مررت بدير الهند أرقني ... صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

فأما الدجاجة فإنها اسم للأنثى والديك اسم للذكر، واسم الإبل يقع على الذكور والأناث، قال النبي ﷺ: «**في خَمْسٍ مِنَ الإِبْلِ السّائِمَة شَاةٌ**»[2] ولم يرد به أحد النوعين خاصة، وكذا اسم الجمل والبعير والجزور وكذا هذه الأسامي الأربعة تقع على البخاتي والعِرَاب وغير ذلك من أنواع الإبل واسم البختيّ لا يقع على العربي، وكذا اسم العربي لا يقع على البختي واسم البقر يقع على الذكور والإناث.

قال النبي ﷺ: «**في ثَلاثِيْنَ مِنَ البَقَرِ تَبِيْعٌ أَوْ تَبِيْعَة**»[3] وأراد به الذكور والإناث جميعاً، وكذا اسم البقرة، قال الله عز وجل: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً**﴾[4] وقيل: إن بقرة بني إسرائيل كانت ذكراً وتأنيثها بالذكر بقوله تعالى: ﴿**قالوا ادْعُ لَنَا رَبَّكَ يُبَيِّنْ لَنَا مَا هِيَ**﴾[5] لتأنيث اللفظ دون المعنى كما في قوله تعالى: ﴿**وإِذْ قَالَتْ طَائِفَةٌ**﴾[6] وقال سبحانه وتعالى: ﴿**وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلاّ خَلاَ فِيْهَا نَذِيرٌ**﴾[7] والشاة تقع على الذكر والأنثى.

قال النبي ﷺ: «**فيْ أَرْبَعِيْنَ شَاةٌ**»[8] والمراد منه الذكور والإناث وكذا الغنم اسم جنس والنعجة اسم للأنثى والكبش للذكر، والفرس اسم للعِرَاب ذكرها وأنثاها والبرذون اسم لغير العراب من الطحارية[9] ذكرها وأنثاها، وقالوا: إن البرذون اسم للتركي ذكره وأنثاه والخيل اسم جنس يتناول الأفراس العراب والبراذين، والحمار اسم للذكر والحمارة والأتان اسم للأنثى والبغل والبغلة كل واحد منهما اسم للذكر والأنثى.

---

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» كتاب الزكاة باب فرض الزكاة برقم (٣٢٦٦) وأحمد في «المسند» (١/ ١١، ١٢).
والبخاري في «الصحيح» في كتاب الزكاة باب الفرض في الزكاة (١٤٤٨).
وابن ماجه في «السنن» في كتاب الزكاة باب إذا أخذ المصدق سناً دون سن أو فوق سن رقم (١٨٠٠).

(٣) انظر ما سبق.

(٤) سورة البقرة، الآية: (٦٧).

(٥) سورة البقرة، الآية: (٦٨).

(٦) سورة آل عمران، الآية: (٧٢).

(٧) سورة فاطر، الآية: (٢٤).

(٨) تقدم تخريجه في الحديث السابق.

(٩) التي ذهبت أوبارها.

وإن حلف لا يأكل رأساً فإن نوى الرؤوس كلها من السمك والغنم وغيرها فأي ذلك أكل حنث، لأن اسمَ الرأس يقع على الكل وإن لم يكن له نية فهو على رؤوس الغنم والبقر خاصة في قول أبـي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: اليمين اليوم على رؤوس الغنم خاصة، و «الأصل» في هذا أن قوله: لا آكل رأساً فبظاهره يتناول كل رأس لكنه معلوم أن العمومَ غير مراد، لأن اسمَ الرأس يقع على رأس العصفور ورأس الجراد ويعلم أن الحالفَ ما أراد ذلك فكان ذلك المراد بعض ما يتناوله الاسم وهو الذي يكبس في التنور ويباع في السوق عادة، فكان أبو حنيفة رأى أهل الكوفة يكبسون رؤوس الغنم والبقر والإبل ويبيعونها في السوق فحمل اليمين على ذلك، ثم رآهم تركوا رؤوسَ الإبل واقتصروا على رؤوس الغنم والبقر فحمل اليمين على ذلك، وأبو يوسف ومحمد دخلا بغدادَ، وقد ترك الناس البقرَ واقتصروا على الغنم فحملا اليمين على ذلك فلم يكن بينهم خلاف في الحقيقة.

ولو حلف لا يأكل بيضاً فإن نوى بيض كل شيء بيض السمك وغيره فأي ذلك أكل حنث، وإن لم يكن له نية فهو على بيض الطير كله: الإوَزّ والدجاج وغيرهما ولا يحنث إذا أكل بيض السمك، لأن اسمَ البيض يقع على الكل، فإذا نوى فقد نوى ما يحتمله الاسم وإذا لم تكن له نية فيقع على ماله قشر وهو بيض الطير لأنه يراد به ذلك عند الإطلاق فيحمل عليه.

ولو حلف لا يأكل طبيخاً فالقياس ينصرف إلى كل ما يطبخ من اللحم وغيره لأنه طبيخ حقيقة إلا أنه صرف إلى اللحم خاصة وهو اللحم الذي يجعل في الماء ويطبخ ليسهل أكله للعرف.

ألا ترى أنه لا يقال لمن أكل الباقلاء أنه أكل الطبيخ وإن كان طبيخاً حقيقة وإن أكل سمكاً مطبوخاً لا يحنث، لأنه لا يسمى طبيخاً في العرف، فإن نوى بقوله: لا يأكل طبيخاً من اللحم وغيره فهو على ما نوى، لأنه طبيخ حقيقة وفيه تشديد على نفسه، وكذا إذا حلف لا يأكل شواء وهو ينوي كل شيء يُشْوَى فأي ذلك أكل حنث، وإن لم يكن له نية فإنما يقع على اللحم خاصة، لأن حقيقة الشواء هي ما يشوى بالنار ليسهل أكله إلا أن عند الإطلاق ينصرف إلى اللحم المشوي دون غيره للعرف.

ألا ترى أنه يصح أن يقال فلان لم يأكل الشواء وإن أكل الباذنجان المشوي والجزر المشوي ويسمى بائع اللحم المشوي شاوياً، فإن أكل سمكاً مشوياً لم يحنث لأنه لا يراد به ذلك عند الإطلاق، وإن أكل قلية يابسة أو لوناً من الألوان لا مرق فيه لا يحنث، لأن هذا لا يسمى طبيخاً وإنما يقال له لحم مقلي ولا يقال مطبوخ إلا للحم طبخ في الماء، فإن طبخ من اللحم طبيخاً له مرق فأكل من لحمه أو من مرقه يحنث، لأنه يقال أكل الطبيخ، وإن لم يأكل لحمه لأن المرق فيه أجزاء اللحم.

قال ابن سماعة في اليمين على الطبيخ ينبغي أن يكون على الشحم أيضاً لأنه قد يسمى طبيخاً في العادة فإن طبخَ عدساً بودك فهو طبيخ، وكذلك إن طبخَه بشحم أو إلية فإن طبخه بسمن أو زيت لم يكن طبيخاً ولا يكون الأرز طبيخاً ولا يكون الطباهج طبيخاً ولا الجواذب طبيخاً والاعتماد فيه على العرف.

وقال داود بن رشيد عن محمد: في رجل حلف لا يأكل من طبيخ امرأته فسخنت له قدراً قد طبخها غيرُها أنه لا يحنث، لأن الطبيخ فعيل من طبخ وهو الفعل الذي يسهل به أكلُ اللحم وذلك وجد من الأول لا

منها. ولو حلف لا يأكل الحلو فالأصل في هذا أن الحلو عندهم كل حلو ليس من جنسه حامض وما كان من جنسه حامض فليس بحلو والمرجع فيه إلى العرف فيحنث بأكل الخبيص والعسل والسكر والناطف والربّ والرطب والتمر وأشباه ذلك، وكذا روى المعلى عن محمد إذا أكل تيناً رطباً أو يابساً يحنث، لأنه ليس من جنسها حامض فخلص معنى الحلاوة فيه.

ولو أكل عنباً حلواً أو بطيخاً حلواً أو رماناً حلواً أو اجاصاً حلواً لم يحنث لأن من جنسه ما ليس بحلو فلم يخلص معنى الحلاوة فيه، وكذا الزبيب ليس من الحلو لأن من جنسه ما هو حامض، وكذلك إذا حلف لا يأكل حلاوة فهو مثل الحلوى، وإن حلف لا يأكل تمراً ولا نية له فأكل قضباً لا يحنث، وكذلك إذا أكل بُسْراً مطبوخاً أو رطباً، لأن ذلك لا يسمى تمراً في العرف، ولهذا يختص كل واحد باسم على حدة إلا أن ينوي ذلك، لأنه تمر حقيقة وقد شدّد على نفسه ولو أكل حيساً حنث لأنه اسم لتمر ينقع في اللبن ويتشرب فيه اللبن فكان الاسم باقياً له لبقاء عينه، وقيل هو طعام يتخذ من تمر ويضم إليه شيء من السمن أو غيره والغالب هو التمر فكان أجزاء التمر بحالها فيبقى الاسم.

ولو حلف لا يأكل بسراً فأكل بسراً مذنباً ههنا أربع مسائل ثنتان متفق عليهما وثنتان مختلف فيهما.

أما الأوليان فإن من يحلف لا يأكل بسراً مذنباً أو حلفَ لا يأكل رطباً فأكل رطباً فيه شيء من البسر يحنث فيهما جميعاً في قولهم، لأن المذنبَ هو البسر الذي ذنب أي رطب ذنبه فكانت الغلبة للذي حلف عليه فكان الاسم باقياً، وأما الأخريان: فإن من يحلف لا يأكل رطباً فيأكل بسراً مذنباً، أو يحلف لا يأكل بسراً فيأكل رطباً فيه شيء من البسر.

قال أبو حنيفة ومحمد: يحنث، وقال أبي يوسف: لا يحنث.

وجه قوله: إن الاسم للغالب في العرف والمغلوب في حكم المستهلك، وكذا المقصود في الأكل هو الذي له الغلبة، والغلبة للبسر في الأول وفي الثاني للرطب فلا يحنث، ولهما أنه أكل ما حلف عليه وغيره، لأنه يراه بعينه ويسميه باسمه فصار كما لو ميز أحدهما عن الآخر فقطعه وأكلهما جميعاً.

وأما قوله: إن أحدهما غالب فنعم لكن الغلبة إنما توجب استهلاك المغلوب في اختلاط الممازجة، أما في اختلاط المجاورة فلا، لأنه يراه بعينه فلا يصير مستهلكاً فيه كما إذا حلف لا يأكل سويقاً أو سمناً فأكل سويقاً قد لُتَّ بسمنٍ بحيث يستبين أجزاء السويق في السمن يحنث لقيام كل واحد منهما بعد الاختلاط بعينه. كذا هذا.

ولو حلف لا يأكل حباً فأي حب أكل من سمسم أو غيره مما يأكله الناس عادةً يحنث، لأن مطلقَ يمينه يقع عليه فإن عنى شيئاً من ذلك بعينه أو سماه حنث فيه ولم يحنث في غيره، لأنه نوى تخصيص الملفوظ فيصدق ديانةً لا قضاءً، لأنه خلاف الظاهر ولا يحنث إذا ابتلع لؤلؤة، لأن الأوهامَ لا تنصرف إلى اللؤلؤة عند إطلاق اسم الحب.

ولو حلف لا يأكل عنباً فأكل زبيباً لا يحنث، لأن اسم العنب لا يتناوله، ولو حلف لا يأكل جوزاً فأكل منه رطباً أو يابساً حنث، وكذلك اللوز والفستق والتين وأشباه ذلك، لأن الاسم يتناول الرطب واليابس جميعاً.

ولو حلف لا يأكل فاكهة فأكل تفاحاً أو سفرجلاً أو كمثري أو خوخاً أو تيناً أو أجاصاً أو مشمشاً أو بطيخاً حنث، وإن أكل قثاءً أو خياراً أو جزراً لا يحنث، وإن أكل عنباً أو رماناً أو رطباً لا يحنث في قول أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف ومحمد: يحنث، ولو أكل زبيباً أو حبَّ الرمان أو تمراً لا يحنث بالإجماع.

وجه قولهما: أن كل واحدة من هذه الأشياء تسمى فاكهة في العرف بل تعد من رؤوس الفواكه، ولأن الفاكهة اسم لما يتفكه به وتفكه الناس بهذه الأشياء ظاهر فكانت فواكه.

ولأبـي حنيفة قوله تعالى: ﴿فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبًّا وَعِنَبًا وقضبـاً وَزَيْتُوناً وَنَخْلاً وَحَدَائِقَ غُلْباً وَفَاكِهَةً وَأَبًّا﴾[1] عطف الفاكهة على العنب، وقوله عز وجل: ﴿فيهما فَاْكِهَة وَنَخْلٌ ورُمّان﴾[2] عطف الرمان على الفاكهة، والمعطوف غير المعطوف عليه هو الأصل، لأن الفاكهةَ اسم لما يقصد بأكله التفكه وهو التنعم والتلذذ دون الشبع والطعام ما يقصد بأكله التغذي والشبع والتمر عندهم يؤكل بطريق التغذي والشبع، حتى روي عن النبـي ﷺ أنه قال: «بيت لاَ تَمْرَ فِيْهِ جِيَاعٌ أَهْله»[3]، وقال عليه أفضل الصلاة والسلام: «يَوْمَ الفِطْرِ أَغْنُوْهُمْ عَن الْمَسْئَلَةِ فِيْ مِثْلِ هَذَا الْيَوْم»[4] ثم ذكر في جملة ما تقع به الغنية التمر، وفي بعضها الزبيب ولأن الفاكهةَ لا يختلف حكم رطبها ويابسها، فما كان رطبه فاكهة كان يابسه فاكهة كالتين والمشمش والإجاص ونحو ذلك، واليابس من هذه الأشياء ليس بفاكهة بالإجماع وهو الزبيب والتمر وحبّ الرمان فكذا رطبها، وما ذكراه من العرف ممنوع بل العرف الجاري بين الناس أنهم يقولون ليس في كرم فلان فاكهة إنما فيه العنب فحسب، فالحاصل أن ثمرَ الشجر كلها فاكهة عندهما وعنده كذلك إلا ثمر النخل والكرم وشجر الرمان، لأن سائرَ الثمار من التفاح والسفرجل والإجاص ونحوها يقصد بأكلها التفكه دون الشبع، وكذا يابسها فاكهة كذا رطبها.

قال محمد: التوت فاكهة، لأنه يتفكه به والقثاء والخيار والجزر والباقلاء والرطب إدام، وليس بفاكهة، ألا يرى أنه لا يؤكل للتفكه، وإن عنى بقوله: لا آكل فاكهة العنب والرطب والرمان فأكل من ذلك شيئاً حنث كذا ذكر في «**الأصل**»، لأن هذه الأشياء مما يتفكه بها، وإن كان لا يطلق عليها اسم الفاكهة.

وقال محمد: بسر السكر والبسر الأحمر فاكهة، لأن ذلك مما يتفكه به، وقال أبو يوسف: اللوز والعناب فاكهة رطب ذلك من الفاكهة الرطبة ويابسه من اليابسة لأن ذلك يؤكل على وجه التفكه قال: والجوز رطبه فاكهة ويابسه إدام وقال في «**الأصل**»: وكذلك الفاكهة اليابسة فيدخل فيها الجوز واللوز وأشباههما.

---

(١) سورة عبس، الآيات: (٢٧ـ٣١).

(٢) سورة الرحمن، الآية: (٦٨).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ١٧٩)، ومسلم في «صحيحه» في كتاب الأشربة باب في إدخال التمر ونحوه من الأقوات للعيال (٢٠٤٦).
والترمذي في «سننه» كتاب الأطعمة باب ما جاء في استحباب التمر (١٨١٥) وابن ماجه في «السنن» كتاب الأطعمة باب في التمر برقم (٣٣٢٧).
وابن حبان في «صحيحه» كتاب الأطعمة باب آداب الأكل برقم (٥٢٠٦).

(٤) أخرجه الدارقطني في «السنن» كتاب زكاة الفطر (٢/ ١٣٨) وفيه أبو معشر وهو منكر الحديث كما قال البخاري.
قاله الزيلعي في «نصب الراية» (٢/ ٤٣٢).

وروى المعلى عن محمد أن الجوز اليابس ليس بفاكهة، لأنه يؤكل مع الخبز غالباً، فأما رطبه فلا يؤكل إلا للتفكه.

وجه ما ذكر في «**الأصل**» أنه فاكهة ما ذكرنا أن رطبه ويابسه مما لا يقصد به الشبع فصار كسائر الفواكه.

وذكر المعلى عن محمد: في رجل حلف لا يأكل من الثمار شيئاً ولا نيةَ له أنّ ذلك على الرطب واليابس، فإن أكل تيناً يابساً أو لوزاً يابساً حنث فجعل الثمار كالفاكهة لأن أحد الاسمين كالآخر.

وقال المعلى قلت: لمحمد فإن حلف لا يأكل من فاكهة العام أو من ثمار العام ولا نية له قال: إن حلف في أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب فإن أكل من فاكهة ذلك العام شيئاً يابساً لم يحنث، وكذلك الثمرة، وإن حلفَ في غير وقت الفاكهة الرطبة كانت يمينه علىِ الفاكهة اليابسة من فاكهة ذلك العام، وكان ينبغي في القياس إن كان وقت الفاكهة الرطبة أن يحنث في الرطب واليابس، لأن اسم الفاكهة يتناولهما إلا أنه استحسن، لأن العادة في قولهم فاكهة العام إذا كان في وقت الرطب أنهم يريدون به الرطب دون اليابس؛ فإذا مضى وقت الرطب فلا تقع اليمين إلا على اليابسَ فيحمل عليه والله عز وجل أعلم.

ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة أو لا يأكل هذه الحنطة فإن عنى بها أن لا يأكلها حباً كما هي فأكل من خبزها أو من سويقها لم يحنث وإنما يحنث إذا قضمها، وإن لم تكن له نية، فكذلك عند أبـي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يحنث وهل يحنث عندهما إذا أكل عينها.

ذكر محمد في «**الأصل**» عنهما ما يدل على أنه لا يحنث، لأنه قال فيه إن اليمين تقع على ما يصنع الناس، وذكر عنهما في «**الجامع الصغير**» ما يدل على أنه يحنث فإنه قال: وقال أبو يوسف ومحمد إن أكلها خبزاً حنث أيضاً فهذا يدل على أنه إذا قضمها يحنث عندهما كما يحنث إذا أكلها خبزاً.

وجه قولهما: أن المتعارف في إطلاقِ أكل الحنطة أكل المتخذ منها وهو الخبز لا أكل عينها، يقال فلان يأكل من حنطة كذا أي من خبزها، ومطلق الكلام يحمل على المتعارف خصوصاً في باب الأيمان، وجه قول أبـي حنيفة رضي الله عنه أن اسم الحنطة لا يقع على الخبز حقيقةً، لأنها اسم لذات مخصوصة مركبة فيزول الاسم بزوال التركيب حقيقة فالحمل على الخبز يكون حملاً على المجاز فكان صرف الكلام إلى الحقيقة أولى.

وأما قولهما: أن مطلقَ الكلام يحمل على المتعارف فنعم، لكن على المتعارف عند أهل اللسان وهو المتعارف في الاستعمال اللغوي كما يقول مشايخ العراق لا على المتعارف من حيث الفعل كما يقول مشايخ بلخ بدليل أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم الآدمي أو الخنزير يحنث، وإن لم يتعارف أكله لوجود التعارف في الاسم واستعمال اسم الحنطة في مسماها متعارف عند أهل اللسان إلا أنه يقَلُّ استعماله فيه لكن قِلة الاستعمال فيه لقلة محل الحقيقة، وهذا لا يوجب الحمل على المجاز كما في لحم الآدمي ولحم الخنزير على أن المتعارف فعل ثابت في الجملة، لأن الحنطةَ تطبخ وتقلى فتؤكل مطبوخاً ومقلياً، وإن لم يكن في الكثرة مثل أكلها خبزاً، ولو حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها حبات من شعير حنث، ولو كان اليمين على الشراء لم يحنث، لأن من اشترى حنطة فيها حبات شعير يسمى مشتري الحنطة لا مشتري الشعير وصرف

الكلام إلى الحقيقة المستعملة في الجملة أولى من الصرف إلى المجاز، وإن كان استعماله في المجاز أكثر، لأن الحقيقة شاركت المجاز في أصل الاستعمال والمجاز ما شارك الحقيقة في الوضع رأساً فكان العمل بالحقيقة أولى.

ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه ولم تكن له نية حنث لأن الدقيقَ هكذا يؤكل عادةً ولا يستف إلا نادراً والنادر ملحق بالعدم فلم يكن له حقيقة مستعملة وله مجاز مستعمل وهو كلما يتخذ منه فحمل عليه، وإن نوى أن لا يأكل الدقيق بعينه لا يحنث بأكل ما يخبز منه، لأنه نوى حقيقة كلامه.

ولو حلف لا يأكل من هذا الكُفرَّى شيئاً فصار بُسراً أو لا يأكل من هذا البسر شيئاً فصار رطباً أو لا يأكل من هذا الرطب شيئاً فصار تمراً أو لا يأكل من هذا العنب شيئاً فصار زبيباً فأكله أو حلف لا يأكل من هذا اللبن شيئاً فأكل من جبنٍ صُنِعَ منه أو مصل أو أقط أو شيراز أو حلف لا يأكل من هذه البيضة فصارت فرخاً فأكل من فرخ خرج منها أو حلف لا يذوق من هذه الخمر شيئاً فصارت خلاً لم يحنث في جميع ذلك، و «الأصل» أن اليمين متى تعلقت بعينٍ تبقى ببقاء العين وتزول بزوالها والصفة في العين المشار إليه غير معتبرة، لأن الصفة لتمييز الموصوفَ من غيره والإشارة تكفي للتعريف فوقعت الغنية عن ذكر الصفة وغير المعين لا يحتمل الإشارة فيكون تعريفه بالوصف، وإذا عرف هذا نقول العين بدلت في هذه المواضع فلا تبقى اليمين التي عقدت على الأول والعين في الرطب وإن لم تبدل لكن زال بعضها وهو الماء بالجفاف، لأن اسمَ الرطب يستعمل على العين والماء الذي فيها فإذا جفَّ فقد زال عنها الماء فصار آكلاً بعض العين المشار إليها فلا يحنث كما لو حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل بعضه بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً أنه يحنث لأن هناك العين قائمة، وإنما الفائت هو الوصف لا بعض الشخص فيبقى كل المحلوف عليه فبقيت اليمين.

وفرق آخر أن الصفات التي في هذه الأعيان مما تقصد باليمين منعاً وحملاً كالرطوبة التي هي في التمر والعنب، فإن المرطوب تضربه الرطوبات فتعلقت اليمين بها والصبا والشباب مما لا يقصد بالمنع بل الذات هي التي تقصد فتعلقت اليمين بالذات دون هاتين الصفتين كما إذا حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه أنه يحنث لما قلنا. كذا هذا.

وكذا إذا حلف لا يأكل من لحم هذا الحولي فأكله بعد ما صار كبشاً أو من لحم هذا الجدي فأكله بعد ما صار تيساً يحنث لما قلنا، وكذلك لو حلف لا يجامع هذه الصبية فجامعها بعد ما صارت امرأةً يحنث لما قلنا؛ ولو نوى في الفصول المتقدمة ما يكون من ذلك حنث، لأنه شدّد على نفسه، ولو حلف لا يأكل من هذه الحدّ حبةً فأكلها بعدما صارت بطيخاً لا رواية فيه، واختلف المشايخ فيه والله عز وجل أعلم.

قال بشر عن أبي يوسف في رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً أو لا يشرب فصبّ فيه ماءً فذاقه أو شربه أنه إن كان اللبن غالباً حنث، لأنه إذا كان غالباً يسمى لبناً.

وكذلك لو حلف على نبيذ فصبه في خل أو على ماء ملح فصب على ماء عذب و «الأصل» في هذا أن المحلوفَ عليه إذا اختلط بغير جنسه تعتبر فيه الغلبة بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد غير أن أبا يوسف

اعتبر الغلبة في اللون أو الطعم لا في الأجزاء، فقال: إن كان المحلوف عليه يستبين لونه أو طعمه حنث، وإن كان لا يستبين له لون ولا طعم لا يحنث سواء كانت أجزاؤه أكثر أو لم تكن، واعتبر محمد غلبة الأجزاء فقال: إن كانت أجزاء المحلوف عليه غالباً يحنث، وإن كانت مغلوبةً لا يحنث.

وجه قول محمد: أن الحكم يتعلق بالأكثر، والأقل يكون تبعاً للأكثر فلا عبرة به، ولأبي يوسف أن اللونَ والطعمَ إذا كانا باقيين كان الاسم باقياً، ألا ترى أنه يقال لبن مغشوش وخل مغشوش وإذا لم يبق له لون ولا طعم لا يبقى الاسم، ويقال ماء فيه لبن وماء فيه خل فلا يحنث.

وقال أبو يوسف: فإن كان طعمهما واحداً أو لونهما واحداً فأشكل عليه تعتبر الغلبة من حيث الأجزاء فإن علم أن أجزاء المحلوف عليه هي الغالبة يحنث وإن علمَ أن أجزاءَ المخالط له أكثر لا يحنث، وإن وقعَ الشك فيه ولا يدري ذلك فالقياس أن لا يحنث، لأنه وقع الشك في حكم الحنث فلا يثبت مع الشك وفي الاستحسان يحنث، لأنه عند احتمال الوجود والعدم على السواء فالقول بالوجود أولى احتياطاً لما فيه من براءة الذمة بيقين، وهذا يستقيم في اليمين بالله تعالى، لأن الكفارةَ حق الله تعالى فيحتاط في إيجابها، فأما في اليمين بالطلاق والعتاق فلا يستقيم، لأن ذلك حق العبد وحقوق العباد لا يجري فيها الاحتياط للتعارض فيعمل فيها بالقياس.

ولو حلف لا يأكل سمناً فأكل سويقاً قد لُتَّ بسمنٍ ولا نيةَ له ذكر محمد في «**الأصل**» أن أجزاء السمن إذا كانت تستبين في السويق ويوجد طعمه يحنث وإن كان لا يوجد طعمه ولا يرى مكانه لم يحنث لأنها إذا استبانت لم تصر مستهلكة فكأنه أكل السمن بنفسه منفرداً وإذا لم يستبن فقد صارت مستهلكة فلا يعتد بها وروى المعلى عن محمد أنه إن كان السمن مستبيناً في السويق وكان إذا عصر سال السمن حنث، وإن كان على غير ذلك لم يحنث وهذا لا يوجب اختلاف الرواية لإمكان التوفيق بين القولين، لأنه إذا كان يحنث إذا عصر سال السمن لم يكن مستهلكاً، وإذا لم يسل كان مستهلكاً، وإذا اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه إذا اختلط بلبن آخر.

قال أبو يوسف: هذا والأول سواء وتعتبر فيه الغلبة، وإن كانت الغلبة لغير المحلوف عليه لم يحنث، وقال محمد: يحنث، وإن كان مغلوباً، فمن أصل محمد أن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه، وإنما يصير مستهلكاً بغير جنسه، وإذا لم يصر مستهلكاً بجنسه صار كأنّه غير مغلوب.

وقال المعلى عن محمد: في رجل حلفَ لا يشرب من هذه الخمر فصبها في ماء فغلب على الخمر حتى ذهب لونها وطعمها فشربه لم يحنث، فقد قال مثل قول أبي يوسف، ولو حلف على ماء من ماء زمزم لا يشرب منه شيئاً فصب عليه ماء من غيره كثيراً حتى صارَ مغلوباً فشربه يحنث لما ذكرنا من أصله أن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه، ولو صبه في بئر أو حوض عظيم لم يحنث، قال لأني لا أدري لعل عيون البئر تغور بما صُبَّ فيها ولا أدري لعل اليسير من الماء الذي صبَ في الحوض العظيم لم يختلط به كله.

ولو حلف لا يشرب هذا الماء العذب فصبه في ماء مالح فغلب عليه ثم شربه لم يحنث فجعل الماء مستهلكاً بجنسه إذا كان على غير صفته قال: وكذلك إذا حلف لا يشرب لبن ضأنٍ فخلطه بلبنِ معزٍ فإنه تعتبر

الغلبة لأنهما نوعان فكانا كالجنسين قال الكرخي ولو قال لا أشرب لبن هذه الشاة لشاة معز أو ضأن ثم خلطه بغيره من لبن ضأن أو معز حنث إذا شربه ولا تعتبر الكثرة والغلبة، وعلل فقال لأنه ليس في يمينه ضأن ولا معز.

ومعناه: أن يمينه وقعت على لبنٍ واختلاطه بلبنٍ آخر لا يخرجه من أن يكون لبناً، واليمين في المسألة الأولى وقعت على لبن الضأن فإذا غلب عليه لبن المعز فقد استهلكت صفته، واستشهد محمد للفرق بين المسألتين، فقال: ولا تشبه الشاة إذا حلف عليها بعينها حلفه على لبن المعز، ألا يرى أنه لو قال والله لا أشتري رطباً فاشترى كباسة بسرٍ فيها رطبتان أو ثلاث لم يحنث، لأن هذا إنما هو الغالب. ولو قال والله لا أشتري هذه الرطبة لرطبة في كباسة ثم اشترى الكباسة حنث.

ونظير هذا ما ذكر ابنُ سماعة عن محمد في رجل قال: والله لا أكل ما يجيء به فلان يعني ما يجيء به من طعام أو لحم أوغيـر ذلك مما يؤكل فدفع الحالف إلى المحلوف عليه لحماً ليطبخه فطبخه وألقى فيه قطعة من كرش بقر ثم طبخ القدر به فأكل الحالف من المرق، قال محمد: لا أراه يحنث إذا ألقى فيه من اللحم ما لا يطبخ وحده ويتخذ منه مرقة لقلته، وإن كان مثل ذلك يطبخ ويكون له مرقة فإنه يحنث، لأنه جعل اليمين على اللحم الذي يأتي به فلان وعلى مرقته، والمرقة لا تكون إلا بدسم اللحم الذي جاء به، فإذا اختلطَ به لحم لا يكون له مرق لقلته فلم يأكل ما جاء به فلان وإذا كان مما يفرد بالطبخ ويكون له مرق والمرق جنس واحد فلم تعتبر فيه الغلبة وحنث.

وقد قال محمد: فيمن قال لا آكل مما يجيء به فلان فجاء فلان بلحم فشواه وجعل تحته أرزاً للحالف فأكل الحالف من جوانبه حنث، وكذلك لو جاء المحلوف عليه بحمص فطبخه فأكل الحالف من مرقته وفيه طعم الحمص حنث، وكذلك لو جاء برطب فسال منه ربّ فأكل منه أو جاء بزيتون فعصر فأكل من زيته حنث.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال والله لا أكل من ثمرة هذا البستان وفيه نخل يحصى أو لا آكل من ثمرة هذا النخل وهي عشرة أو ثلاث أو لا آكل من ثمرة هاتين النخلتين أو من هاتين الرطبتين أو من هذه الثلاث التفاحات أو من هذين الرغيفين أو لا أشرب من لبن هاتين الشاتين فأكل بعض ذلك أو شرب بعضه فإنه يحنث، لأنه منع نفسه من أكل بعض المذكور وشرب بعضه، لأن كلمة من للتبعيض فإذا أكل البعض أو شرب حنث.

قال أبو يوسف: ولو قال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين ولم يقل من فإنه لا يحنث حتى يشربَ من لبن كل شاة، لأنه حلفَ على شرب لبنهما فلا يحنث بشرب لبن إحداهُما، وإذا شرب جزءاً من لبن كل واحدة منهما حنث، لأن الإنسانَ لا يمكنه أن يشرب جميع لبن الشاة فلا يقصد بيمينه منع نفسه عن ذلك فينعقد يمينه على البعض كما إذا حلف لا يشرب ماء البحر، قال وإن كان لبن قد حلب، فقال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين للبن بعينه، فإن كان لبناً يقدر على شربه في مرة واحدة لم يحنث بشرب بعضه، وإن كان لبناً لا يستطيع شربه في مرة واحدة يحنث بشرب بعضه، لأن يمينه وقعت على شرب الكل حقيقة فإذا استطاع شربه

دفعة واحدة أمكن العمل بالحقيقة وإذا لم يستطع شربه دَفعةً يحمل على الجزء كما في ماء البحر، وعلى هذا إذا قال: لا آكل هذا الطعام وهو لا يقدر على أكله دفعة واحدة.

ونظير هذا ما قالوا فيمن قبض من رجل ديناً عليه فوجد فيه درهمين زائفين فقال والله لا آخذ منهما شيئاً فأخذ أحدهما حنث، لأن كلمة من للتبعيض. وقال ابن رستم عن محمد: إذا قال: والله لا آكل لحم هذا الخروف فهذا على بعضه لأنه لا يمكن أكل كله مرة واحدة عادة.

وذكر في «الأصل» فيمن قال لا آكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث في الاستحسان، لأن ذلكَ القدر لا يعتد به فإنه يقال في العرف لمن أكل رمانة وترك منها حبة أو حبتين أنه أكل رمانة، وإن ترك نصفها أو ثلثها أو ترك أكثر مما يجري في العرف أنه يسقط من الرمانة لم يحنث، لأنه لا يسمى آكلاً لجميعها، ولو قال والله لا أبيعك لحم هذا الخروف أو خابية الزيت فباع بعضها لم يحنث، لأنه يمكن حمل اليمين ههنا على الحقيقة، لأن بيعَ الكل ممكن، وقد قال ابن سماعة فيمن قال لا أشتري من هذين الرجلين أنه لا يحنث حتى يشتري منهما ولا يشبه هذا قوله لا آكل هذين الرغيفين، لأن من للتبعيض ويمكن العمل بالتبعيض في الأكل ولا يمكن في الشراء، لأن البيع لا يتبعض فيحمل على ابتداء الغاية فقد ذكر في «الأصل» والجامع فيمن حلف لا يتزوج النساء أو لم يكلم بني آدم أنه يقع على الواحد لتعذر الحمل على الكل فيحمل على بعض الجنس وقد ذكرناه فيما تقدم.

ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فالكسب ما صار للإنسان أن يفعله كالإيجاب والقبول في البيع والإجارة والقبول في الهبة والصدقة والوصية والأخذ في المباحات، فأما الميراث فلا يكون كسباً للوارث، لأنه يملكه من غير صنعه، ولو مات المحلوف عليه وقد كسب شيئاً فورثه رجل فأكل الحالف منه حنث، لأن ما في يد الوارث يسمى كسب الميت بمعنى مكسوبه عرفاً فلو انتقل عنه إلى غيره بغير الميراث لم يحنث، لأنه صارَ للثاني بفعله فبطلت الإضافة إلى الأول.

قال أبو يوسف: وكذلك إذا قال لا آكل مما ملكت أو مما يملك له أو من ملكك فإذا خرج من ملك المحلوف عليه إلى ملك غيره فأكل منه الحالف لم يحنث، لأنه إذا ملكه الثاني لم يبق ملك الأول فلم يبق مضافاً إليه بالملك.

قال: وكذلك إذا حلف لا يأكل مما اشترى فلان أو مما يشتري فاشترى المحلوف لنفسه أو لغيره فأكل منه الحالف حنث، فإن باعه المحلوف عليه من غيره بأمر المشتري له ثم أكل منه الحالف لم يحنث، لأن الشراء إذا طرأ على الشراء بطلت الإضافة الأولى وتجددت إضافة أخرى لم تتناولها اليمين وإنما كان الشراء لغيره ولنفسه سواء، لأن حقوقَ العقد تتعلق بالمشتري فكانت الإضافة إليه لا إلى المشتري له.

قال: وكذلك لو حلف لا يأكل من ميراث فلان شيئاً فمات فلان فأكل من ميراثه حنث، فإن مات وارثه فأورث ذلك الميراث فأكل منه الحالف لم يحنث لنسخ الميراث الأخير الميراثَ الأول كذا ذكر، لأن الميراث إذا طرأ على الميراث بطلت الإضافة الأولى.

ومن هذا القبيل ما قالوا فيمن حلف لا يأكل مما زرع فلان فباع فلان زرعه فأكله الحالف عند المشتري

حنث، لأن الإضافةَ إلى الأول لا تبطل بالبيع، فإن بذره المشتري وزرعه فأكل الحالف من هذا الزرع فإنه لا يحنث، لأن الإضافة بالزرع إنما تكون إلى الثاني دون الأول.

وعلى هذا لو حلف لا يأكل من طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه فلان فتناسخته الباعة ثم أكل الحالف منه فإنه يحنث، لأنه يقال هو من خبز فلان ومن طبيخه وإن باعه.

وكذلك لو حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فنسج فلان ثوباً فباعه لأن البيع لا يبطل الإضافة، ولو كان ثوب خز فنقض ونسجه آخر ثم لبسه الحالف لم يحنث لأن النسج الثاني أبطل الإضافة الأولى.

ولو حلف لا يشتري ثوباً مسّه فلان فمس فلانٌ ثوباً وتناسخته الباعة فإنه يحنث إذا اشتراه، لأن الإضافة بالمسّ لا تبطل البيع فصار كأنه قال لا أشتري ثوباً كان فلان مسه، وقال بشر عن أبـي يوسف: في رجل حلف أن لا يأكل من هذه الدراهم فاشترى بها طعاماً فأكله حنث، وإن بدلها بغيرها واشترى مما أبدل طعاماً فأكله لم يحنث لأن الدراهم بعينها لا تحتمل الأكل وإنما أكلها في المتعارف أكل ما يُشْترى بها ولما اشترى ببدلها لم يوجد أكل ما اشترى بها فلا يحنث.

وكذلك لو حلف لا يأكل من ثمن هذا العبد فاشترى بثمنه طعاماً فأكله.

ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيئاً وأبوه حي فمات أبوه فورث منه مالاً فاشترى به طعاماً فأكله ففي القياس ينبغي أن لا يحنث، لأن الطعام المشتري ليس بميراث، وفي الاستحسان يحنث لأن المواريث هكذا تؤكل ويسمى ذلك أكل الميراث عرفاً وعادةً، فإن اشترى بالميراث شيئاً فاشترى بذلك الشيء طعاماً فأكله لم يحنث، لأنه مشتر بكسبه وليس بمشتر بميراثه.

وقال أبو يوسف: في الميراث بعينه إذا حلف عليه فغيره واشترى به لم يحنث لما قلنا؛ قال: فإن كان قال لا آكل ميراثاً يكون لفلان فكيف ما غيّره فأكله حنثَ، لأن اليمينَ المطلقة تعتبر فيها الصفة المعتادة، وفي العادة أنهم يقولون لما ورثه الإنسان أنه ميراث وإن غيره.

وقال المعلى عن أبـي يوسف: إذا حلف لا يطعم فلاناً مما ورث من أبيه شيئاً فإن كان ورث طعاماً فأطعمه منه حنث، فإن اشترى بذلك الطعام طعاماً فأطعمه منه لم يحنث، لأن اليمين وقعت على الطعام الموروث فإذا باعه بطعام آخر فالثاني ليس بموروث، وقد أمكن حمل اليمين على الحقيقة فلا تحمل على المجاز وإن كان ورث دراهم فاشترى بها طعاماً فأطعمه منه حنث، لأنه لا يمكن حمل اليمين على الحقيقة فحملت على المجاز.

وقال هشام: سمعت محمداً يقول في رجل معه دراهم حلف أن لا يأكلها فاشترى بها دنانير أو فلوساً ثم اشترى بالدنانير أو الفلوس طعاماً فأكله لم يحنث فإن حلف لا يأكل هذه الدراهم فاشترى بها عرضاً ثم باع ذلك العرض بطعام فأكله فإنه لا يحنث لأن العادة في قوله لا أشترى بهذه الدراهم، الامتناع من إنفاقها في الطعام، والنفقة تارة تكون بالابتياع وتارة بتصريفها بما ينفق فحملت اليمين على العادة، فأما ابتياع العروض بالدراهم فليس بنفقة في الطعام في العادة فلا تحمل اليمين عليه، وهذا خلاف ما حكاه عن أبـي يوسف.

وقال ابن رستم: فيمن قال والله لا آكل من طعامك وهو يبيع الطعام فاشترى منه فأكل حنث، لأن مثلَ هذه اليمين يراد بها منع النفس عن الابتياع.

قال محمد: ولو قال والله لا أكل من طعامك هذا الطعام بعينه فأهداه له فأكله لا يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث في قول محمد وهذا فرع اختلافهم فيمن قال: لا أدخل دار فلان هذه فباعها فلان ثم دخلها والمسألة تجيء فيما بعد إن شاء الله تعالى.

قال محمد: ولو حلف لا يأكل من طعامه فأكل من طعام مشترك بينهما حنث، لأن كل جزء من الطعام يسمى طعاماً فقد أكل من طعام المحلوف عليه وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل من غلة أرضه ولا نيةَ له فأكل من ثمن الغلة حنث، لأن هذا في العادة يراد به استغلال الأرض، فإن نوى أكل نفس ما يخرج منه فأكل من ثمنه دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء.

قال القدوري: وهذا على أصله فيمن حلف لا يشرب الماء ونوى الجنس أنه لا يصدق في القضاء، فأما على الرواية الظاهرة فيصدق، لأنه نوى حقيقة كلامه، وقال محمد في «الجامع» إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً وأكل من ثمرها أو جمارها أو طلعها أو بسرها أو الدبس الذي يخرج من رطبها فإنه يحنث لأن النخلة لا يتأتى أكلها فحملت اليمين على ما يتولد منها والدبس اسم لما يسيل من الرطب لا المطبوخ منه.

ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئاً فأكل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث، لأن المرادَ هو الخارج من الكرم إذ عين الكرم لا تحتمل الأكل كما في النخلة، بخلاف ما إذا نظر إلى عنب، فقال عبده حر إن أكل من هذا العنب فأكل من زبيبه أو عصيره أنه لا يحنث، لأن العنب مما تؤكل عينه فلا ضرورة إلى الحمل على ما يتولد منه.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فأكل من لبنها أو زبدها أو سمنها لم يحنث، لأن الشاة مأكولة في نفسها فأمكن حمل اليمين على أجزائها فيحمل عليها لا على ما يتولد منها.

قال محمد: ولو أكل من ناطف جعل من ثمر النخلة أو نبيذ نبذ من ثمرها لم يحنث، لأن كلمة «من» لابتداء الغاية، وقد خرج هذا محذوف الصيغة عن حال الابتداء فلم يتناوله اليمين.

ولو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو سمنه لم يحنث، لأن اللبن مأكول بنفسه فتحمل اليمين على نفسه دون ما يتخذ منه والله عز وجل أعلم.

وأما الحلف على الشرب فقد ذكرنا معنى الشرب أنه إيصال ما لا يحتمله المضغ من المائعات إلى الجوف حتى لو حلف لا يشرب فأكل لا يحنث كما لو حلف لا يأكل فشرب لا يحنث، لأن الأكلَ والشرب فعلان متغايران، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ﴾[1] عطف الشرب على الأكل والمعطوف غير المعطوف عليه، وإذا حلف لا يشرب ولا نية له فأي شراب شرب من ماء أو غيره يحنث، لأنه منع نفسه عن الشرب عاماً، وسواء شرب قليلاً أو كثيراً لأن بعض الشراب يسمى شراباً، وكذا لو

(١) سورة البقرة، الآية: (١٨٧).

حلف لا يأكل طعاماً فأكل شيئاً يسيراً يحنث، لأن قليل الطعام طعام.

ولو حلف لا يشرب نبيذاً فأي نبيذ شرب حنث لعموم اللفظ وإن شربَ سكراً لا يحنث، لأن السكر لا يسمى نبيذاً، لأنه اسم لخمر التمر وهو الذي من ماء التمر إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف، وكذا لو شرب فضيخاً لأنه لا يسمى نبيذاً إذ هو اسم للمثلث[1] يصب فيه الماء، وكذا لو شرب عصيراً لأنه لا يسمى نبيذاً.

وإن حلف لا يشرب مع فلان شراباً فشربا في مجلس واحدٍ من شراب واحدٍ حنث، وإن كان الإناء الذي يشربان فيه مختلفاً، وكذا لو شرب الحالف من شراب وشرب الآخر من شراب غيره وقد ضمهما مجلس واحد لأن المفهومَ من الشرب مع فلان في العرف هوأن يشربا في مجلس واحد اتحد الإناء والشراب أو اختلفا بعد أن ضمهما مجلس واحد يقال: شربنا مع فلان وشربنا مع الملك وإن كان الملك يتفرد بالشرب من إناء، فإن نوى شراباً واحداً ومن إناءٍ واحد يصدق، لأنه نوى ما يحتمله لفظه.

ولو حلف لا يشرب من دجلة أو من الفرات، قال أبو حنيفة لا يحنث ما لم يشرب منه كرعاً وهو أن يضع فاه عليه فيشرب منه فإن أخذ الماء بيده أو بإناء لم يحنث، وعند أبي يوسف ومحمد يحنث شرب كرعاً أو بإناء أو اغترف بيده.

وجه قولهما: أن مطلقَ اللفظ يصرف إلى المتعارف عند أهل اللسان. والمتعارف عندهم أن من رفع الماء من الفرات بيده أو بشيء من الأواني أنه يسمى شارباً من الفرات فيحمل مطلق الكلام على غلبة المتعارف، وإن كان مجازاً بعد أن كان متعارفاً كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر أنه ينصرف ذلك إلى ما يخرج من الشجرة من الثمر وإلى ما يطبخ في القدر من الطعام كذلك ههنا، ولأبي حنيفة أن مطلق الكلام محمول على الحقيقة، وحقيقة الشرب من الفرات هو أن يكرع منه كرعاً، لأن كلمة «من» ههنا استعملت لابتداء الغاية بلا خلاف لتعذر حملها على التبعيض إذ الفرات اسم للنهر المعروف والنهر اسم لما بين ضفتي الوادي لا للماء الجاري فيه فكانت كلمة من ههنا لابتداء الغاية فتقتضي أن يكونَ الشرب من هذا المكان ولن يكون شربه منه إلا وأن يضع فاه عليه فيشرب منه وهو تفسير الكرع كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز.

ألا ترى أنه لو شرب من إناء أخذ فيه الماء من الفرات كان شارباً من ذلك الإناء حقيقة لا من الفرات. والماء الواحد لا يشرب من مكانين من كل واحد منهما حقيقة، ولهذا لو قال شربت من الإناء لا من الفرات كان مصدقاً، ولو قال على القلب كان مكذباً، فدل أن الشرب من الفرات هو الكرع منه وأنه ممكن ومستعمل في الجملة.

وقد روي أَنّ رسول الله ﷺ رَأَى قَوْماً فَقَالَ: «هَلْ عِنْدَكُمْ مِن مَاء بَاتَ فِي شنٍ وَإِلا كَرَعنا» ويستعمله كثير في زماننا من أهل الرساتيق على أنه إن لم يكن فعلاً مستعملاً فذا لا يوجب كون الاسم منقولاً عن الحقيقة بعد أن كان الاسم مستعملاً فيه تسميةً ونطقاً كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم الخنزير إنه

---

(١) الفضيخ: عصير العنب وشراب يتخذ من البسر. والمثلث: من عصير العنب ما طبخ حتى ذهب ثلثاه.

يحنث، وإن كان لا يؤكل عادةً لانطلاق الاسم عليه حقيقة تسمية ونطقاً، وبهذا تبين أن قلة الحقيقة وجوداً لا يسلب اسم الحقيقة عن الحقيقة، بخلاف ماإذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر، لأن ههنا كما لا يمكن جعل هذه الكلمة لتبعيض مادخلت عليه بخروج الشجرة والقدر من أن يكون محلاً للأكل لا يمكن جعلها ابتداءين لغاية الأكل، لأن حقيقة الأكل لا تحصل من المكان بل من اليد، لأن المأكول مستمسك في نفسه، والأكل عبارة عن البلع عن مضغ ولا يتأتى فيه المضغ بنفسه فلم يمكن جعلها لابتداء الغاية فأضمر فيه ما يتأتى فيه الأكل وهو الثمرة في الشجرة، والمطبوخ في القدر فكان من للتبعيض وههنا أمكن جعلها لابتداء الغاية، لأن الماء يشرب من مكان لا محالة لانعدام استمساكه في نفسه إذ الشرب هو البلع من غير مضغ وما يمكن ابتلاعه من غير مضغ لا يكون له في نفسه استمساك فلا بد من حامل له يشرب منه، والله عز وجل أعلم.

ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لم يحنث في قولهم جميعاً، أما عنده فلا يشكل لأن هذا النهر ليس بفرات فصار كما لو شرب من آنية، وأما عندهما فلأنهما يعتبران العرفَ والعادةَ ومن شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يعرف شارباً من الفرات، لأن الشربَ من الفرات عندهما هو أخذ الماء المفضي إلى الشرب من الفرات، ولم يوجد ههنا، لأنه أخذَ من نهر لا يسمى فراتاً.

ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ الماء من الفرات فإن شربَ منه بالاغتراف بالآنية أو بالاستقاء براوية يحنث بالإجماع وإن كرع منه يحنث في ظاهر الرواية.

وروى عن أبي يوسف أنه لا يحنث، ووجهه أن النهر لما أخذ الماء من الفرات فقد صار مضافاً إليه فانقطعت الإضافة إلى الفرات.

ووجه ظاهر الرواية: أنه منع نفسه عن شرب جزء من ماء الفرات، لأن كلمة من دخلت في الماء صلة للشرب وهو قابل لفعل الشرب فكانت للتجزئة وبالدخول في نهر انشعب من الفرات لا تنقطع إليه النسبة كما لا تنقطع بالاغتراف بالآنية والاستقاء بالرواية.

ألا ترى أن ماء زمزم ينقل إلينا ونتبرك به ونقول: شربنا من ماء زمزم، ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة، فهذا وقوله لا أشرب من دجلة سواء، لأنه ذكر الشرب من النهر فكان على الاختلاف.

وروى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يشرب من نهر يجري ذلك النهر إلى دجلة فأخذ من دجلة من ذلك الماء فشربه لم يحنث، لأنه قد صار من ماء دجلة لزوال الإضافة إلى النهر الأول بحصوله في دجلة.

ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فهو على الاختلاف حتى لو اغترف من مائه في إناء آخر فشرب لم يحنث حتى يضع فاه على الجب في قول أبي حنيفة وعندهما يحنث، ومن مشايخنا من قسم الجواب في الجب، فقال: إن كان ملآن فهو على الاختلاف لأن الحقيقة مقصورة الوجود وإن كان غير ملآن فاغترف يحنث بالإجماع لعدم تصور الحقيقة فتنصرف يمينه إلى المجاز.

ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز انصرفت يمينه إلى الحقيقة إجماعاً لتصور الحقيقة عنده وعندهما للعرف، فإن نقل الماء من كوز إلى كوز وشرب من الثاني لا يسمى شارباً من الكوز الأول.

وإن حلف لا يشرب من ماء هذا الجب فاغترف منه بإناء فشرب حنث بالإجماع، لأنه عقد يمينه على ماء ذلك الجب وقد شرب من مائه فإن حول ماءه إلى جب آخر فشرب منه فالكلام فيه كالكلام فيمن حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ الماء من الفرات وقد مر.

ولو قال: لا أشرب من ماء هذا الجب فالكلام فيه كالكلام في قوله: لا أشرب من ماء دجلة وقد ذكرناه، ولو حلف لا يشرب من هذه البئر أو من مائها فاستقى منها وشرب حنث، لأن الحقيقة غير متصورة الوجود فيصرف إلى المجاز وقالوا فيمن حلف لا يشرب من ماء المطر فمدت الدجلة من المطر فشرب لم يحنث لأنه إذا حصل في الدجلة انقطعت الإضافة إلى المطر، فإن شرب من ماء واد سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك أو جاء من ماء مطر مستنقع في قاع حنث، لأنه لما لم يضف إلى نهر بقيت الإضافة إلى المطر كما كانت.

ولو حلف لا يشرب من ماء فرات فشرب من ماء دجلة أو نهر آخر أو بئر عذبة يحنث، لأنه منع نفسه من شرب ماء عذب إذ الفرات في اللغة عبارة عن العذب، قال الله عز وجل: ﴿وَأَسْقَيْنَاكُمْ مَاءً فُرَاتاً﴾[1] ولما أطلق الماء ولم يضفه إلى الفرات فقد جعل الفرات نعتاً للماء وقد شرب من الماء المنعوت فيحنث، وفي الفصل الأول أضاف الماء إلى الفرات وعرف الفرات بحرف التعريف فيصرف إلى النهر المعروف المسمى بالفرات.

وأما الحلف على الذوق فالذوق هو إيصال المذوق إلى الفم ابتلعه أو لا بعد أنّ وجد طعمه، لأنه من أحد الحواس الخمس الموضوعة للعلم بالمذوقات كالسمع والبصر والشم واللمس للعلم بالمسموعات والمبصرات والمشمومات والملموسات والعلم بالطعم يحصل بحصول الذوق في فمه سواء ابتلعه أو مجه فكل أكل فيه ذوق وليس كل ذوق أكلاً. إذا عرف هذا فنقول إذاحلف لا يذوق طعاماً أو شراباً فأدخله في فيه حنث لحصول الذوق لوجود معناه وهو ما ذكرنا.

فإن قال: أردت بقولي لا أذوقه لا آكله ولا أشربه دين فيما بينه وبين الله عز وجل ولا يدين في القضاء؛ لأنه قد يراد بالذوق الأكل والشرب يقال في العرف ما ذقت اليوم شيئاً، وما ذقت إلا الماء، ويراد به الأكل والشرب، فإذانوى ذلك لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى حتى يأكل أو يشرب، لأنه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق في القضاء لعدوله عن الظاهر.

قال هشام: وسألت محمداً عن رجل حلف لا يذوق في منزل فلان طعاماً ولا شراباً فذاق منه شيئاً أدخله فاه ولم يصل إلى جوفه، فقال محمد هذا على الذوق إلا أن يكون تقدم كلام.

قلت: فإن كان قال له المحلوف عليه تغد عندي اليوم فحلف لا يذوق في منزله طعاماً ولا شراباً، فقال محمد: هذا على الأكل ليس على الذوق وإنما كان كذلك لما بينا أن حقيقة الذوق هي اكتساب سبب العلم بالمذوق وقد يستعمل ذلك في الأكل والشرب، فإن تقدمت هناك دلالة حال خرج الكلام عليه حملت اليمين عليها وإلا عملت بحقيقة اللفظ.

---

(١) سورة المرسلات، الآية: (٢٧).

ولو حلف لا يذوق الماء فتمضمض للصلاة لا يحنث، وإن حصل له العلم بطعم الماء، لأن ذلك لا يسمى ذوقاً عرفاً وعادةً إذ المقصود منه التطهير لا معرفة طعم المذوق.

ولو حلف لا يأكل طعاماً أو لا يشرب شراباً أو لا يذوق، ونوى طعاماً دون طعام أو شراباً دون شراب فجملة الكلام في هذا أن الحالفَ لا يخلو إما أن ينوي تخصيص ما هو مذكور وأما إن نوى تخصيص ما ليس بمذكور، فإن نوى تخصيص ما هو مذكور بأن ذكر لفظاً عاماً وأراد به بعض ما دخل تحت اللفظ العام من حيث الظاهر يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لأن التكلم بالعام على إرادة الخاص جائز إلا أنه خلاف الظاهر، لأن اللفظ وضع دلالة على العموم، والظاهر من اللفظ الموضوع دلالة على العموم في اللغة إرادة العموم فكان نية الخصوص خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء، وإن نوى تخصيص ما ليس بمذكور لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله عز وجل سواء كان التخصيص راجعاً إلى الذات أو إلى الصفة أو إلى الحال، لأن الخصوص والعموم من صفات الألفاظ دون المعاني فغير الملفوظ لا يحتمل التعميم والتخصيص والتقييد، فإذا نوى التخصيص فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فلم تصح نيته رأساً، وإذا عرف هذا فتخرج عليه مسائل إذا قال: إن أكلت طعاماً أو شربت شراباً أو إن ذقت طعاماً أو شراباً فعبدي حر وقال عنيت اللحمَ أو الخبز فأكل غيره لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى التخصيص من اللفظ المذكور في موضع العموم كما بينا فيما تقدم أن قوله: إن أكلت طعاماً بمعنى قوله: لا آكل طعاماً فيتناول بظاهره كل طعام، فإذا نوى به بعض الأطعمة دون بعض فقد نوى الخصوص في اللفظ العام، وأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل.

وإن قال: إن أكلت أو ذقت أو شربت فعبدي حر وهو ينوي طعاماً بعينه أو شراباً بعينه فأكل أو شرب غيره، فإن عبده يعتق في القضاء وفيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه نوى التخصيص من غير المذكور إذ الطعام والشراب ليسا بمذكورين بل يثبتان بطريق الاقتضاء والمقتضى لا عموم له.

وعند الشافعي[1]: يدين فيما بينه وبين الله عز وجل، ويزعم أن للمقتضى عموماً والصحيح قولنا لما ذكرنا أن العموم والخصوص من صفات الموجود دون المعدوم إذ المعدوم لا يحتمل الصفة حقيقة إلا أنه يجعل موجوداً بطريق الضرورة لصحة الكلام فيبقى فيما وراءه على حكم العدم.

وأما التخصيص الراجع إلى الصفة والحال فنحو ما حكى بشر عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا أكلم هذا الرجلَ وهو قائم وعنى به ما دام قائماً لكنه لم يتكلم بالقيام كانت نيته باطلة وحنث إن كلمه، لأن الحال والصفة ليست بمذكورة فلا تحتمل التخصيص.

ولو حلف لا يكلم هذا القائم يعني به ما دام قائماً وسعه فيما بينه وبين الله تعالى لورود التخصيص على الملفوظ، وكذلك إذا قال والله لأضربنَ فلاناً خمسين وهو ينوي بسوط بعينه فبأي سوط ضربه فقد خرج عن يمينه والنية باطلة، لأن آلة الضرب ليست بمذكورة فبطلت نية التخصيص.

(١) انظر «الأم» (٦٦/٧).

ونظير هذا ما حكى ابن سماعة عن محمد في رجل حلف وقال: والله لا أتزوج امرأةً وهو ينوي كوفية أو بصرية فقال: ليس في هذا نية فلا يصدق فيما بينه وبين الله عز وجل ولا في القضاء.

ولو قال: والله لا أتزوج امرأة يعني امرأة كان أبوها يعمل كذا وكذا، فهذا كله لا تجوز فيه النية.

ولو قال: والله لا أتزوج امرأةً يعني امرأةً عربية أو حبشية قال هذا جائز يدين فيما نواه فقد جعل قوله: عربية أو حبشية بيان النوع، وقوله: كوفية أو بصرية وصفاً فجوز تخصيص النوع ولم يجوز تخصيص الوصف، لأن الصفةَ ليست بمذكورة والجنس مذكور، وهو قوله: امرأةً، لأنه يتناول كل امرأة لأنه في موضع النفي فتعمل نيته في نوع دون نوع لاشتمال اسم الجنس على الأنواع.

وقال ابن سماعة عن محمد في رجل قال والله لا أتزوج امرأةً على ظهر الأرض ينوي امرأةً بعينها، قال يصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأن اللفظَ عام يحتمل تخصيص جنس أفراد العموم إلا أنه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قال: ولو قال لا أشتري جارية ونوى مولدة فإن نيته باطلة لأنه ليس بتخصيص نوع من جنس، وإنما هو تخصيص صفة فأشبه الكوفية والبصرية.

ولو قال: والله لا آكل الطعام أو لا أشرب الماء أو لا أتزوج النساء فيمينه على بعض الجنس لما بينا فيما تقدم، وإن أراد به الجنس صدق لأنه نوى حقيقة كلامه، وأما الحلف على الغداء والعشاء فلا بد من معرفة معنى الغداء والعشاء ومعرفة وقتهما.

أما الأول: فالغداء والعشاء كل واحد منهما عبارة عن أكل ما يقصد به الشبع عادةً فيعتبر في ذلك العادة في كل بلد فما كان غداء عندهم حملت اليمين عليه، ولهذا قالوا في أهل الحضر إذا حلفوا على ترك الغداء فشربوا اللبن لم يحنثوا؛ لأنهم لا يتناولون ذلك للشبع عادة.

ولو حلف البدوي فشرب اللبن حنث لأن ذلك غداء في البادية وإذا حلف لا يتغدى فأكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيره حتى شبع لم يحنث ولم يكن ذلك غداء، وكذلك إذا أكل لحماً بغير خبز لم يحنث في قول أبي يوسف ومحمد كذا ذكر الكرخي قال: وقالا ليس الغداء في مثل الكوفة والبصرة إلا على الخبز، والمرجع في هذا إلى العادة فما كان غداء معتاداً عند الحالف حنث وما لا فلا وروى هشام عن أبي حنيفة في أكل الهريسة والأرز أنه يحنث، وروى عن أبي يوسف في الهريسة والفالوذج والخبيص أنه لا يحنث إلا أن يكون ذلك غداءه و «الأصل» أن غداءً كل بلد ما تعارفونه غداء فيعتبر عادة الحالف فيما يحلف عليه، فإن كان الحالف كوفياً يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وإن كان بدوياً يقع على اللبن والسويق، وإن كان حجازياً يقع على السويق وفي بلادنا يقع على خبز الحنطة.

وأما الثاني فنقول وقت الغداء من طلوع الفجر إلى وقت الزوال لأن الغداء عبارة عن أكل الغدوة وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة، والعشاء من وقت الزوال إلى نصف الليل، لأنه مأخوذ من أكل العشية وأول أوقات العشاء ما بعد الزوال.

وقد روي «أن النبي ﷺ صَلّى صَلاَتي العِشَاءَ رَكْعَتَيْن يُرِيدُ الظُّهْرَ وَالْعَصر»[(١)] وفي عرف ديارنا العشاء ما بعد وقت صلاة العصر، وأما السحور فما بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر، لأنه مأخوذ من السحر وهو وقت السحر ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الغداء والعشاء.

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لأمته إن لم تتعشي الليلة فعبدي حرٌّ فأكلتْ لقمةً واحدة لم تزد عليها فليس هذا بعشاء ولا يحنث حتى تأكل أكثر من نصف شبَعِها، لأن مَنْ أكل لقمة يقول في العادة ما تغديت ولا تعشيت فإذا أكل أكثر أكله يسمى ذلك غداء في العادة.

وروى المعلى عن محمد: فيمن حلف ليأتينه غدوة أنه إذا أتاه بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار فقد بر وهو غدوة لما ذكرنا أن هذا وقت الغداء، ولو قال ليأتينه ضحوة فهو من بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار، لأن هذا وقت صلاة الضحى.

قال محمد: إذا حلف لا يصبح فالتصبيح عندي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الأكبر فإذا ارتفع الضحى الأكبر ذهب وقت التصبيح، لأن التصبيح تفعيل من الصباح والتفعيل للتكثير فيقتضي زيادة على ما يفيده الاصباح وروى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال إذا دخل ثلث الليل الأخير فليكلمه، لأن وقت السحر ما قرب من الفجر.

قال هشام عن محمد والمساء مساآن أحدهما إذا زالت الشمس، ألا ترى أنك تقول إذا زالت الشمس كيف أمسيت، والمساء الأخير إذا غربت الشمس فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي كان ذلك على غيبوبة الشمس، لأنه لا يمكن حمل اليمين على المساء الأول فيحمل على الثاني والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الحلف على اللبس والكسوة إذا حلف لا يلبس قميصاً أو سراويلَ أو رداءً فاتزر بالسراويل أو القميص أو الرداء لم يحنث، وكذا إذا اعتم بشيء من ذلك، لأن المطلق تعتبر فيه العادة والاتزار والتعمم ليس بمعتاد في هذه الأشياء فلا يحنث، ولو حلف لا يلبس هذا القميص أو هذا الرداء فعلى أي حال لبس ذلك حنث، وإن اتزر بالرداء وارتدى بالقميص أو اغتسل فلف القميص على رأسه، وكذلك إذا حلف لا يلبس هذه العمامة فألقاها على عاتقه، لأن اليمين إذا تعلقت بعين اعتبر فيها وجود الاسم ولا تعتبر فيها الصفة المعتادة، لأن الصفة في الحاضر غير معتبرة والاسم باق وهذا ليس بمعتاد فيحنث به.

ولو حلف لا يلبس حريراً فلبس مصمتاً لم يحنث، لأن الثوب ينسب إلى اللحمة دون السداء لأنها هي الظاهرة منه والسداء ليس بظاهر.

ونظير مسائل الباب ما قال في الجامع فيمن حلف لا يلبس قميصين فلبس قميصاً ثم نزعه ثم لبس آخر فإنه لا يحنث حتى يلبسهما معاً، لأن المفهومَ من لبس القميصين في العرف هو أن يجمع بينهما.

ولو قال: والله لا ألبس هذين القميصين فلبس أحدهما ثم نزعه ولبس الآخر حنث، لأن اليمين ههنا

(١) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» كتاب الصلاة باب سجود السهو وهو حديث ذي اليدين.
وأبو داود في «السنن» كتاب الصلاة باب السهو في السجدتين (١٠٠٨، ١٠١١) والبيهقي (٢/٣٥٧).

وقعت على عين فاعتبر فيها الاسم دون اللبس المعتاد، وقالوا فيمن حلفَ لا يلبس شيئاً ولا نية له فلبس درعاً من حديد أو درع امرأة أو خفين أو قلنسوة إنه يحنث، لأن ذلك كله يتناوله اسم اللبس.

ولو حلف لا يلبس سلاحاً فتقلد سيفاً أو تنكب قوساً أو ترساً لم يحنث، لأن هذا لا يسمى لبساً يقال: تقلد السيف ولا يقال لبسه، ولو لبس درعاً من حديد أو غيره حنث، لأن السلاح هكذا يلبس، وقالوا فيمن حلف لا يلبس قطناً فلبس ثوب قطن يحنث، لأن القطنَ لا يحتمل اللبس حقيقة فيحمل على لبس ما يتخذ منه، فإن لبس قباء ليس بقطن وحشوه قطن لم يحنث إلا أن يعني الحشو، لأن الحشوَ ليس بملبوس فلا تتناوله اليمين، فإن لبس ثوباً من قطن وكتان حنث، لأن اليمينَ على القطن تتناول ما يتخذ منه وبعض الثوب يتخذ منه.

وروى بشر عن أبي يوسف في رجل حلف ليقطعن من هذا الثوب قميصاً وسراويل فقطعه قميصاً فلبسه ما شاء ثم قطع من القميص سراويل فلبسه فإنه يبر في يمينه، لأن القميص يسمى ثوباً فقد قطع الثوب سراويل واسم الثوب لم يزل فلا يحنث.

وإن حلف على قميص ليقطعن منه قباء وسراويل فقطع منه قباء فلبسه أو لم يلبسه ثم قطع من القباء سراويل فإنه قد حنث في يمينه حين قطع القميص قباء، لأنه قطع السراويل مما لا يسمى قميصاً، ويمينه اقتضت أن يقطع السراويل من قميص لا من قباء.

وقال في «الزيادات» إذا قال عبده حر إن لم يجعل من هذا الثوب قباء وسراويل ولا نية له فجعله كله قباء وخاطه ثم نقض القباء وجعله سراويل فإنه لا يحنث إلا أن يكون عنىٰ أن يجعل من بعضه هذا أو بعضه هذا وهو على الحالة الأولى.

وقال عمرو عن محمد: في رجل حلف لا يلبس هذا الثوب فقطعه سراويلين فلبس سراويل بعد سراويل لا يحنث.

وقال محمد: إذا صار سراويلين خرج من أن يكون ثوباً، لأن لبس الثوب المشار إليه يلبس جميعه دفعة واحدة.

وروي عن محمد أنه قال: سمعت أبا يوسف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب فأخذ منه قلنسوات فلبسها لم يحنث، لأنه لما قطعه قلنسوات لم يبق اسم الثوب لأن القلنسوة لا تسمى ثوباً، وإن قطعه قميصاً ففضل منه فضلة عن القميص رقعة صغيرة يتخذ منها لبنة أو ما أشبه ذلك فإنه يحنث لأن هذا القدر مما لا يعتد به فكان لابساً كمن حلف لا يأكل رمانة فأكلها إلا حبة، وكذا لو اتخذ من الثوب جوارب فلبسها لا يحنث، لأنه لما قطعه جوارب زال اسم الثوب عنها، ولو حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة فقطع بعضه فلبسه، فإن كان لا يكون ما قطع إزاراً أو رداء لم يحنث، فإن بلغ ذلك حنث، وإن قطعه سراويل فلبسه حنث لأن اسم الثوب إنما يقع على ما تستر به العورة وأدنى ذلك الإزار فما دونه ليس بلبس ثوب، وكذا المرأة إذا حلفت لا تلبس ثوباً فلبست خماراً أو مقنعة لم تحنث، والمراد بذلك الخمار الذي لم يبلغ مقدار الإزار، فإذا بلغَ ذلك الإزار حنث بلبسه، وإن لم تستر به العورة.

وكذلك إذا لبس الحالف عمامة لم يحنث إلا أن يلف على رأسه ويكون قدر إزار أو رداء أو يقطع من مثلها قميصاً أو درعاً أو سراويل، لأن العمامةَ إذا لم تبلغ مقدارَ الإزار فلابسها لا يسمى لابس ثوب فلم يحنث، وإذا بلغت مقدار الإزار أو الرداء فقد لبس ما يسمى ثوباً إلا أنه ليس في موضع مخصوص من بدنه فهو كما لو لبس القميص على رأسه.

ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوباً لم يحنث في التكة والزر والعروة واللبنة روي ذلك عن محمد، لأن هذا ليس بلبس في العادة، ولا يقال لمن كان عليه لابس.

وقال أبو يوسف: إن لبس رقعة في ثوب شبراً في شبر حنث، لأن هذا عنده في حكم الكثير فصار لابساً له.

وقال محمد: إذا حلف لا يلبس ثوباً لا يحنث في العمامة والمقنعة ويحنث في السراويل، وقد قالوا: إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس ثوب خز غزلته حنث، لأن ذلك ينسب إلى الثوب فإنه كان كساء من غزلها سداه قطن، فإن كان ذلك يسمى ثوباً حنث وإلا لم يحنث.

ولو حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فنسجه غلمانه، فإن كان فلان يعمل بيده لم يحنث إلا أن يلبس من عمله، وإن كان فلان لا يعمل بيده حنث، لأن حقيقة النسج ما فعله الإنسان بنفسه، فإن أمكن الحمل على الحقيقة يحمل عليها، وإن لم يكن يحمل على المجاز، فإذا كان فلان لا ينسج بيده لم تكن الحقيقة مرادة باليمين فيحمل على المجاز وهو الأمر بالعمل.

وروى بشر عن أبي يوسف فيمن حلف لا يلبس شيئاً من السواد قال هذا على ما يلبس مثله ولا يحنث في التكة والزر والعروة لأن ذلك ليس بلبس، وإن حلف لا يكسو فلاناً شيئاً ولا نية له فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين حنث لأن الكسوةَ اسم لما يكسى به وذلك يوجد في القليل والكثير.

وروى عمرو عن محمد: إذا حلف لا يكسو امرأة فبعث إليها مقنعة قال: لا يحنث فجعل الكسوة عبارة عما يجزىء في كفارة اليمين وأجرىٰ ذلك مجرى قوله لا ألبس ثوباً.

ولو حلف لا يكسو فلاناً ثوباً فأعطاه دراهم يشتري بها ثوباً لم يحنث لأنه لم يكسه وإنما وهب له دراهم وشاوره فيما يفعل بها، ولو أرسل إليه بثوب كسوة حنث لأن الحقوقَ لا تتعلق بالرسول وإنما تتعلق بالمرسل.

فصل: وأما الحلف على الركوب إذا حلف لا يركب دابة فهو على الدواب التي يركبها الناس في حوائجهم في مواضع إقامتهم، فإن ركب بعيراً أو بقرة لم يحنث والقياس أن يحنث في ركوب كل حيوان؛ لأن الدابة اسم لما يدب على وجه الأرض، قال الله تعالى: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاَّ عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾[1] وقال عز وجل: ﴿إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِ عِنْدَ اللَّهِ الذِيْنَ كَفَرُوْا﴾[2] إلا أنهم استحسنوا وحملوا اليمين على ما يركبه

(١) سورة هود، الآية: (٦).
(٢) سورة الأنفال، الآية: (٥٥).

الناس في الأمصار ولقضاء الحوائج غالباً وهو الخيل والبغال والحمير تخصيصاً للعموم بالعرف والعادة لأنا نعلم أنه ما أراد به كل حيوان فحملنا مطلق كلامه على العادة.

ومعلوم أن الفيل والبقرة والبعير لا يركب لقضاء الحوائج في الأمصار عادة فإن نوى في يمينه الخيل خاصة دين فيما بينه وبين الله عز وجل، لأن اللفظ يحتمله ولا يدين في القضاء، لأنه خلاف ظاهر العموم.

وإن حلف لا يركب فرساً فركب برذوناً أو حلف لا يركب برذوناً فركب فرساً لم يحنث لأن الفرس عبارة عن العربي، والبرذون عن الشهري فصار كمن حلف لا يكلم رجلاً عربياً فكلم عجمياً.

ولو حلف لا يركب وقال نويت الخيل لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله عز وجل، لأن الركوبَ ليس بمذكور فلا يحتمل التخصيص فإن حلف لا يركب الخيل فركب برذوناً أو فرساً يحنث، لأن الخيلَ اسم جنس، قال الله عز وجل: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾[١].

وقال ﷺ: «الْخَيلُ فِي نَوَاصِيهَا الْخَيْرُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»[٢] والمراد به الجنس فيعم جميع أنواعه.

ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها فمكث على حاله ساعة واقفاً أو سائراً حنث لما ذكرنا أن الركوب يحتمل الابتداء ويتجدد أمثاله، وكذلك لو حلف لا يلبس وهو لابس أو لا يجلس على هذا الفرش وهو جالس لما قلنا. فإن نزل عقيب يمينه أو نزع أو قام لم يحنث عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم.

ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبد فلان وعليه دين أو لا دين عليه لا يحنث في قول أبي حنيفة، وعند محمد يحنث، أما إذا كان عليه دين فلأنه لا يملكها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هي مضافة إلى العبد دون المولى، وأما إذا لم يكن عليه دين فهي مضافة إلى العبد فلم يحنث، وعند محمد هي ملك المولى حقيقة فيحنث بركوبها.

ولو حلف لا يركب مركباً ولا نوى شيئاً فركب سفينةً أو محملاً أو دابةً بإكاف أو سرج حنث لوجود الركوب، أما في الدابة بالسرج والإكاف فلا شك فيه، وأما في السفينة فلأن الله تعالى سمى ذلك ركوباً بقوله عز وجل: ﴿وَقَالَ ارْكَبُوا فِيهَا بِاسْمِ اللَّهِ مَجْرَيهَا﴾[٣] والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الحلف على الجلوس فإذا حلف لا يجلس على الأرض فإنه لا يحنث إلا أن يجلس عليها وليس بينه وبينها غير ثيابه، فإن كان بينه وبين الأرض حصير أو بورى أو بساط أو كرسي أو شيء بسطه لم يحنث لأن الجالس على الأرض من باشر الأرض ولم يحل بينه وبينها شيء هذا هو الجلوس على الأرض حقيقة إلا أن الجلوس عليها بما هو متصل به من ثيابه يسمى جلوساً على الأرض عرفاً، وإذا حال بينهما ما

---

(١) سورة النحل، الآية: (٨).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ١٣، ٢٨، ٥٧) ومالك في «الموطأ» في الجهاد باب ما جاء في الخيل. والبخاري في «صحيحه» كتاب الجهاد باب الخيل معقود في نواصيها الخير رقم (٢٨٤٩). ومسلم في «صحيحه» كتاب الإمارة باب الخيل في نواصيها الخير إلى يوم القيامة (١٨٧١).

(٣) سورة هود، الآية: (٤١).

هو منفصل عنه من البساط والحصير لا يسمى جلوساً.

ألا ترى أنه يقال جلس على البساط والحصير لا على الأرض، فإذا حلف لا يجلس على هذا الفراش أو هذا الحصير أو هذا البساط، فجعل عليه مثله ثم جلس لم يحنث، لأن الجلوسَ يضاف إلى الثاني دون الأول.

ألا ترى أن الطنفسة إذا جعلت على البورى لا يقال جلس على البورى بل يقال جلس على الطنفسة، وكذلك إذا جعل الفراش على الفراش؛ أو البساط على البساط، وخالف أبو يوسف في الفراش خاصة فقال: إذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشاً آخر ونام عليه حنث لأنهما جميعاً مقصودان بالنوم، لأن ذلكَ إنما يجعل لزيادة التوطئة.

وأجمعوا على أنه لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قراماً أو محبساً حنثَ لأن ذلك لا يمنع أن يقال نام على الفراش.

ولو حلف لا يجلس على هذا السرير أو على هذا الدكان أو لا ينام على هذا السطح فجعل فوقه مصلى أو فراشاً أو بساطاً، ثم جلس عليه حنث، لأنه يقال جلس الأمير على السرير، وإن كان فوقه فراش، ويقال نام على السطح، وإن كان نام على فراشٍ، فلو جعل فوق السرير سريراً أو بنى فوق الدكان دكاناً أو فوق السطح سطحاً لم يحنث، لأن الجلوس يضاف إلى الثاني دون الأول.

وقال محمد: إذا كان نوى مباشرته وهي أن لا يكون فوقه شيء لم يدين في القضاء يعني به إذا حلف لا ينام على السرير فنام على فراش فوق السرير، لأنه نوى غير ظاهر كلامه.

ولو قال: والله لا أنام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشاً لم يحنث، لأنه ما نام على ألواح، وذكر في «**الأصل**» إذا حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها وفي رجله خف أو نعل يحنث، لأن المشيَ على الأرض هكذا يكون عادةً، ألا ترى أنه لم يجعل بينه وبينها ما هو منفصل عنه، وإن مشى على بساط لم يحنث، لأنه يقال مشى على البساط وجاء في الشعر[1].

نحـــن بنـــات طـــارق نمشـــي علـــى النمـــارق[2]

ولو مشى على السطح حنث، لأنه يقال هذه أرض السطح، ويقال لمن على السطح لا تنم على الأرض.

فصل: وأما الحلف على السكنى والمساكنة والإيواء والبيتوتة، أما السكنى فإذا حلف لا يسكن هذه الدار، إما أن كان فيها ساكناً أو لم يكن، فإن لم يكن فيها ساكناً فالسكنى فيها أن يسكنها بنفسه وينقل إليها من متاعه ما يتأثث به ويستعمله في منزله، فإذا فعل ذلك فهو ساكن وحانث في يمينه، لأن السكنى هي الكون

---

(١) هذا نوع يسمى الرجز.

(٢) لهند بنت عتبة أم معاوية بن أبي سفيان، وقيل: بل هو لهند بنت طارق بن بياضة إلا بادية تمثلت به أم معاوية من بعد في وقعة أحد.

فعلى النسبة الأولى يكون المراد بالطارق: النجم، شبهت أباها به لعلوه وشرفه. انظر «شرح السيوطي» صفحة (٢٧٣).

في المكان على طريق الاستقرار، فإن من جلس في المسجد وبات فيه لا يسمى ساكن المسجد، ولو أقام فيه بما يتأثث به يسمى به، فدل أن السكنى ما ذكرنا وذلك إنما يكون بما يسكن به في العادة وذلك ما قلنا وإن كان فيها ساكناً فحلف لا يسكنها فإنه لا يبر حتى ينتقل عنها بنفسه وأهله وولده الذين معه ومتاعه ومن كان يأويها لخدمته والقيام بأمره في منزله، فإن لم يفعل ذلك ولم يأخذ في النقلة من ساعته وهي ممكنة حنث ـ ههنا ثلاثة فصول:

أحدها: إذا حلف لا يسكن فانتقل بأهله ومتاعه في الحال لم يحنث في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يحنث وهو على الخلاف الذي ذكرنا في الراكب حلف لا يركب واللابس حلف لا يلبس فنزل ونزع في الحال، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم.

والثاني: إذا انتقل بنفسه ولم ينتقل بأهله ومتاعه، قال أصحابنا: يحنث، وقال الشافعي[1]: لا يحنث.

وجه قوله: أن شرط حنثه سكناه ولم يسكن فلا يحنث كما لو حلف لا يسكن في بلد فخرج بنفسه وترك أهله فيه، وقال الشافعي محتجاً علينا إذا خرجت من مكة وخلفت دفيترات بها أفأكون ساكناً بمكة.

ولنا: أن سكنى الدار إنما يكون بما يسكن به في العادة لما ذكرنا أنه اسم للكون على وجه الاستقرار ولا يكون الكون على هذا الوجه إلا بما يسكن به عادةً فإذا حلف لا يسكنها وهو فيها فالبر في إزالة ما كان به ساكناً فإذا لم يفعل حنث وهذا لأنه بقوله لا أسكن هذه الدار فقد منع نفسه عن سكنى الدار وكره سكناها لمعنى يرجع إلى الدار، والإنسان كما يصون نفسه عما يكره يصون أهله عنه عادةً فكانت يمينه واقعة على السكنى وما يسكن به عادةً، فإذا خرج بنفسه وترك أهله ومتاعه فيه ولم يوجد شرط البر فيحنث، والدفاتر لا يسكن بها في الدور عادة فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنى فهذا كان تشنيعاً في غير موضعه، ولأن من حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه، وأهله ومتاعه فيها يسمى في العرف والعادة ساكن الدار.

ألا ترى أنه إذا قيل له وهو في السوق أين تسكن، يقول في موضع كذا، وإن لم يكن هو فيه، وبهذا فارق البلد، لأنه لا يقال لمن بالبصرة إنه ساكن بالكوفة.

والثالث: أنه إذا انتقل بنفسه وأهله وماله ومتاعه وترك من أثاثه شيئاً يسيراً، قال أبو حنيفة يحنث، وقال أبو يوسف: إذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتاً ولا بعض الدار لا يحنث، ولست أجد في هذا حداً وإنما هو على الاستحسان وعلى ما يعرفه الناس.

وقيل: معنى قول أبي حنيفة إذا ترك شيئاً يسيراً يعني ما لا يعتد به ويسكن بمثله، فأما إذا خلف فيها وتداً أو مكنسة لم يحنث، لأبي يوسف أن اليسيرَ من الأثاث لا يعتد به، لأنه يسكن بمثله فصار كالوتد.

ولأبي حنيفة أن شرطَ البر إزالة ما به صار ساكناً فإذا بقي منه شيء لم يوجد شرط البر بكماله فيحنث فإن منع من الخروج والتحول بنفسه ومتاعه وأوقعوه وقهروه لا يحنث، وإن أقام على ذلك أياماً لأنه ما يسكنها بل أسكن فيها فلا يحنث ولأن البقاء على السكنى يجري مجرى الابتداء.

---

(١) انظر «الأم» (٧/٦٦).

ومن حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج الدار فحمل إليها مكرهاً لم يحنث كذا البقاء إذا كان بإكراه.

وقال محمد: إذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فمكث في طلب المنزل أياماً ثلاثاً فلم يجد ما يستأجره وكان يمكنه أن يخرج من المنزل ويضع متاعه خارج الدار لا يحنث، لأن هذا من عمل النقلة إذ النقلة محمولة على العادة، والمعتاد هو الانتقال من منزل إلى منزل ولأنه ما دام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال كما لو خرج يطلب من يحمل رحله.

وقال محمد: إن كان الساكن موسراً وله متاع كثير وهو يقدر على أنه يستأجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل وجعل ينقل بنفسه الأول فالأول فمكث في ذلك سنة قال إن كان النقلان لا يفتر إنه لا يحنث، لأن الحنثَ يقع بالاستقرار بالدار والمتشاغل بالانتقال غير مستقر، ولأنه لا يلزمه الانتقال على أسرع الوجوه، ألا يرى أنه بالانتقال المعتاد لا يحنث، وإن كان غيره أسرع منه فإن تحول ببدنه وقال ذلك أردت، فإن كان حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها لا يدين في القضاء، لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه نوى ما يحتمله كلامه، وإن كان حلف وهو غير ساكن، وقال نويت الانتقال ببدني دين، لأنه نوى ما يحتمله وفيه تشديد على نفسه.

وأما المساكنة فإذا كان رجل ساكناً مع رجل في دار فحلف أحدهما أن لا يساكن صاحبه، فإن أخذ في النقلة وهي ممكنة وإلا حنث، والنقلة على ما وصفت لك إذا كان ساكناً في الدار فحلف لا يسكنها، لأن المساكنة هي أن يجمعهما منزل واحد، فإذا لم ينتقل في الحال فالبقاء على المساكنة مساكنة فيحنث، فإن وهب الحالف متاعه للمحلوف عليه أو أودعه أو أعاره ثم خرج في طلب منزل فلم يجد منزلاً أياماً ولم يأت الدار التي فيها صاحبه.

قال محمد: إن كانَ وهب له المتاع وقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود إليه فليس بمساكن له فلا يحنث، وكذلك إن أودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود إلى ذلك المنزل، وكذلك العارية لأنه إذا وهبه وأقبضه وخرج فليس بمساكن إياه بنفسه ولا بماله، وإذا أودعه فليس بساكن به فلا يحنث، وكذلك إن أودعه المتاع ثم خرج وإنما هو في يد المودع، وكذلك إذا أعاره فلا يحنث، ولو كان له في الدار زوجةٌ فراودها على الخروج فأبت وامتنعت وحرص على خروجها واجتهد فلم تفعل فإنه لا يحنث إذا كانت هذه حالها لأنه لو بقي هو في الدار مكرهاً لم يحنث لعدم اختياره السكنى به فكذا إذا بقي ما يسكن به بغير اختياره، وإذا حلف لا يساكن فلاناً فساكنه في عرصة دار أو بيت أو غرفة حنثَ، لأن المساكنة هي القرب والاختلاط، فإذا سكنها في موضع يصلح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه فيحنث، فإن ساكنه في دار، هذا في حجرة وهذا في حجرة، أو هذا في منزل، وهذا في منزل حنث إلا أن يكون داراً كبيرة.

قال أبو يوسف: مثل دار الرقيق ونحوها ودار الوليد بالكوفة فإنه لا يحنث وكذا كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل.

وقال هشام عن محمد: إذا حلف لا يساكن فلاناً ولم يسم داراً فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة لم يحنث إلا أن يساكنه في حجرة واحدة.

قال هشام: قلت: فإن حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة، قال يحنث. لمحمد أن الحجرتين المختلفتين كالدارين بدليل أن السارقَ من إحداهما إذا نقل المسروق إلى الأخرى قطع وليس كذلك إذا حلف لا يساكنه في دار، لأنه حلف على أن لا يجمعهما دار واحدة وقد جمعتهما، وإن كانا في حجرها.

ولأبـي يوسف: أن المساكنة هي الاختلاط والقرب، فإذا كانا في حجرتين في دار صغيرة فقد وجدَ القرب فهو كبيتين من دار، وإن كانا في حجرتين من دار عظيمة فلا يوجد القرب فهو كدارين في محلة، فإن سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت، وقد حلف لا يساكنه ولم يسم داراً حنثَ في قولهم، لأن بيوتَ الدار الواحدة كالبيت الواحد.

ألا ترى أن السارق لو نقل المسروق من أحد البيتين إلى الآخر لم يقطع، وقال أبو يوسف: فإن ساكنه في حانوت في السوق يعملان فيه عملاً أو يبيعان فيه تجارة فإنه لا يحنث وإنما اليمين على المنازل التي هي المأوى وفيها الأهل والعيال فأما حوانيت البيع والعمل فليس يقع اليمين عليها إلا أن ينوي أو يكون بينهما قبل اليمين بدل يدل عليها فتكون اليمين على ما تقدم من كلامهما ومعانيهما لأن السكنى عبارة عن المكان الذي يأوي إليه الناس في العادة.

ألا ترى أنه لا يقال فلان يسكن السوق، وإن كان يتجر فيها فإنه جعل السوق مأواه قيل إنه يسكن السوق فإن كان هناك دلالة تدل على أنه أراد باليمين ترك المساكنة في السوق حملت اليمين على ذلك، وإن لم يكن هناك دلالة، فقال نويت المساكنة في السوق أيضاً فقد شدد على نفسه، قالوا إذا حلف لا يساكن فلاناً بالكوفة ولا نية له فسكن أحدهما في دار، والآخر في دار أخرى في قبيلة واحدة أو محلة واحدة أو درب فإنه لا يحنث حتى تجمعهما السكنى في دار، لأن المساكنة هي المقاربة والمخالطة ولا يوجد ذلك إذا كانا في دارين وذكر الكوفة لتخصيص اليمين بها حتى لا يحنث بمساكنته في غيرها.

فإن قال: نويت أن لا أسكن الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة صدق، لأنه شدد على نفسه، وكذلك إذا حلف لا يساكنه في الدار فاليمين على المساكنة في دار واحدة على ما بينا.

ولو أن ملاحاً حلف لا يساكن فلاناً في سفينة واحدة ومع كل واحد منهما أهله ومتاعه واتخذها منزله فإنه يحنث، وكذلك أهل البادية إذا جمعتهم خيمة وإن تفرقت الخيام لم يحنث وإن تقاربت، لأن السكنى محمولة على العادة وعادة الملاحين السكنى في السفن، وعادة أهل البادية السكنى في الأخبية فتحمل يمينهم على عاداتهم، وأما الإيواء فإذا حلف لا يأوي مع فلان أو لا يأوي في مكان أو دار أو في بيت فالإيواء الكون ساكناً في المكان فأوى مع فلان في مكان قليلاً كان المكث أو كثيراً ليلاً كان أو نهاراً حنث، وهو قول أبـي يوسف الأخير، وقول محمد إلا أن يكون نوى أكثر من ذلك يوماً أو أكثر، فيكون على ما نوى.

وروى ابن رستم في رجل حلف بالطلاق لا يؤويه وفلاناً بيت وذلك لأن الإيواء عبارة عن المصير في

الموضع قال الله عز وجل: ﴿سَآوِي إِلَى جَبَلٍ يَعْصِمُنِي مِنَ الْمَاءِ﴾[١] أي ألتجيء وذلك موجود في قليل الوقت وكثيره، وقد كان قول أبـي يوسف الأول أن الإيواء مثل البيتوتة وأنه لا يحنث حتى يقيم في المكان أكثر الليل لأنهم يذكرون الإيواء كما يذكرون البيتوتة فيقولون: فلان يأوي في هذه الدار كما يقولون يبيت فيها، وأما إذا نوى أكثر من ذلك فالأمر على ما نوى، لأن اللفظ محتمل فإنهم يذكرون الإيواء ويريدون به السكنى والمقام.

وقد روى ابن رستم عن محمد في رجل قال: إن آواني وإياك بيت أبداً على طرفة عين في قول أبـي يوسف الأخير، وقولنا إلا أن يكون نوى أكثر من ذلك يوماً أو أكثر فالأمر على ما نوى، لأن اللفظ يوماً أو أكثر.

وقال ابن سماعة عن أبـي يوسف إذا حلف لا يؤوي فلاناً وقد كان المحلوف عليه في عيال الحالف ومنزله لا يحنث إلا أن يعيد المحلوف عليه مثل ما كان عليه وإن لم يكن المحلوف عليه في عيال الحالف فهذا على نية الحالف إن نوَى أن لا يعولَه فهو كما نوى، وكذلك إن نوى لا يدخله عليه بيته، لأن قوله لا يأويه يذكر ويراد به ضمه إلى نفسه ومنزله وقد يراد به القيام بأمره، فإن كان في اللفظ دليل على شيء وإلا يرجع إلى نيته، فإن دخل المحلوف عليه بغير إذنه فرآه فسكت لم يحنث، لأنه حلف على فعل نفسه فإذا لم يأمره لم يوجد فعله.

وقال عمرو عن محمد: الإيواء عند البيتوتة والسكنى، فإن نوى المبيت فهو على ذهاب الأكثر من الليل وإن لم ينو شيئاً فهو على ذهاب ساعة.

وأما البيتوتة فإذا حلف لا يبيت مع فلان أو لا يبيت في مكان كذا فالمبيت بالليل حتى يكون فيه أكثر من نصف الليل، وإذا كان أقل لم يحنث، وسواء نام في الموضع أو لم ينم، لأن البيتوتة عبارة عن الكون في مكان أكثر من نصف الليل، ألا يرى أن الإنسان يدخل على غيره ليلاً يقيم عنده قطعة من الليل، ولا يقال بات عنده، وإذا أقام أكثر الليل يقال: بات عنده، ويقال فلان بائت في منزله، وإن كان في أول الليل في غيره ولا يعتبر النوم، لأن اللفظَ لا يقتضيه لغة كما لا يقتضي اليقظة فلم يكن شرطاً فيه.

وقال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار، وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية الليل قال لا يحنث، لأن البيتوتَة إذا كانت تقع على أكثر الليل فقد حلف على ما لا يتصور فلا تنعقد يمينه والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الحلف على الاستخدام فإذا حلف الرجل لا يستخدم خادمة له قد كانت تخدمه ولا نية له فجعلت الخادمة تخدمه من غير أن يأمرها حنث، لأنه لما مكنها من الخدمة فقد تركها على الاستخدام السابق، ولأنه لما لم يمنعها فقد استخدمَها دلالة، وإن لم يستخدم نصاً صريحاً، ولو كان الحالف على خادمة لا يملكها فخدمته بغير أمره لا يحنث لعدم سبق الاستخدام ليكون التمكين من الخدمة إبقاء لها على الاستخدام ولتعذر جعل التمكين دلالة الاستخدام، لأن استخدامَ جارية الغير بغير إذنه محظور فلا يكون إذناً به من طريق الدلالة فهو الفرق حتى لو كان نهى خادمته التي كانت تخدمه عن خدمته، ثم خدمته بغير أمره

(١) سورة هود، الآية: (٤٣).

قيل: لم يحنث، لأنه بالتمكين قطع استخدامها السابق فقد وجد منها بغير استخدام فلا يحنث.

ولو حلف لا تخدمه فلانة فخدمته بغير أمره أو بأمره وهي خادمته أو خادمة غيره حنث، لأنه عقد اليمين على فعلها وهو خدمتها لا على فعله وهو استخدامه وقد خدمته، وكل شيء من عمل بيته فهو خدمته، لأن الخدمة عبارة عن عمل البيت الذي يحتاج إليه في الغالب.

ولو حلف لا يستخدم خادمة لفلان فسألها وضوءاً أو شراباً أو أومأ إليها ولم يكن له نية حين حلف حنث إن فعلت ذلك أو لم تفعل إلا أن يكون نوى حين حلف أن لا يستعين بها فتعينه فلا يحنث حتى تعينه، لأنه عقد يمينه على فعله وهو الاستخدام وقد استخدم وإن لم تجبه، فإن عنى أن تخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

وإن حلف لا يخدمني خادم لفلان فهو على الجارية والغلام والصغير الذي يخدم والكبير في ذلك سواء، لأن اسمَ الخادم يجمع الذكر والأنثى والصغير والكبير إذا كان الصغير ممن يقدر على الخدمة والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الحلف على المعرفة فإذا حلفَ على إنسان أنه لا يعرفه وهو يعرفه بوجهه لكنه لا يعرف اسمه فقد بر في يمينه ولا يحنث لأنه إذا لم يعرف اسمه لم يعرفه، بدليل ما روي عن رسول الله ﷺ: «أَنَّهُ سَأَلَ رَجُلاً عَنْ رَجُلٍ وَقَالَ لَهُ هَلْ تَعْرِفُه؟ فَقَالَ الرَّجُلُ: نَعَمْ، فَقَالَ هَلْ تَدْرِيْ مَا اسْمُهُ؟ فَقَالَ: لا، فَقَالَ: إِنَّكَ لَمْ تَعْرِفْه»[١] ولأنه إذا لم يعرفه باسمه وإن عرفه بوجهه لم يكن عارفاً به على الإطلاق، بل من وجهٍ دون وجه، ومن شرط حنثه المعرفة على الإطلاق ولم توجد فلا يحنث.

وقال خلف بن أيوب عن محمد: في رجل تزوج امرأةً ودخل بها ولا يدري ما اسمها فحلف أنه لا يعرفها قال لا يحنث لما بينا، ولو أن رجلاً ولد له مولود فأخرجه إلى جار له ولم يكن سماه بعد فحلف جاره هذا أنه لا يعرف هذا الصبي لا يحنث، لأن معرفته بمعرفة اسمه فلا يعرف قبل التسمية.

فصل: وأما الحلف على أخذ الحق وقبضه وقضائه واقتضائه إذا حلف الرجل ليأخذن من فلان حقه أو ليقبضن من فلان حقه فأخذ منه بنفسه أو أخذ منه وكيله أو أخذه من ضامن عنه أو محتال عليه بأمر المطلوب بر، لأن حقوقَ القضاء لا ترجع إلى الفاعل فترجع إلى الآمر فكأن قبض وكيل الطالب قبضه معنى، وكذا القبض من وكيل المطلوب أو كفيله أو المحتال بأمره عليه قبضاً منه من حيث المعنى، ولو قبض مِنْ رَجُل بغير أمر المطلوب أو كانت الكفالة أو الحوالة بغير أمره حنث في يمينه ولم يبر، لأنه لم يقبض من المطلوب حقه حقيقة في الوجهين جميعاً إلا أنه جعلَ قابضاً عنه معنى في موضع الأمر وجعل القبضَ من الغير كالقبض منه، فإذا لم يكن ذلك بأمره لم تكن إضافته إليه ولهذا لم يرجع إلى الدافع إليه بما أعطاه فلم يوجد منه قبض حقه فلم يبر، وكذلك لو كان الحالف هو الذي عليه المال فحلف ليقضين فلاناً حقه أو ليعطين فأعطاه بنفسه أو برسول أو بإحالة أو أمر من ضمنه له فأخذه الطالب بر الحالف في يمينه لأن حقوقَ القضاء لا تتعلق

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» عن مجاهد قال: مرّ رجل على النبي ﷺ فقال: «من يعرفه» فقال رجل أنا أعرفه بوجهه ولا أعرفه باسمه قال: «ليست تلك المعرفة» كتاب القضاء باب في الأيمان. رقم (٣٦١).

بالفاعل فتتعلق بالآمر فكان هو القاضي والمعطي من حيث المعنى، ولو كان ذلك بغير أمره حنث الحالف، لأنه لم يقض حقه ولا أعطاه أصلاً ورأساً، ألا ترى أنه لا يرجع الدافع إليه.

وإن قال الحالف في هذين الوجهين أردت أن يكون ذلك بنفسي كان كما قال فإن لم يفعل ذلك بنفسه حنثَ، لأنه شددَ على نفسه، وإن كانَ المطلوب حلف أن لا يعطيه فأعطاه على أحد هذه الوجوه حنث.

فإن قال: إنما أردت أن لا أعطيه أنا بنفسي لم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين الله تعالى، لأن العطاءَ بفعله وبفعل غيره سواء في القصد فتناوله اليمين؛ فإذا نوى أن لا يعطيه بنفسه فقد نوى خلاف الظاهر، وأراد التخفيف على نفسه فلا يصدق في القضاء، ولو أخذ به ثوباً أو عرضاً فقبض العرض فهو بمنزلة القبض للمال، لأنه يصير مستوفياً بأخذ العوض كما يصير مستوفياً بأخذ نفس الحق، ولو حلف الطالب ليأخذن ماله منه أو ليقضينه أو ليستوفينه ولم يوقت وقتاً فأبرأه من المال أو وهبه له حنث في يمينه، لأن الإبراء ليس بقبض ولا استيفاء ففات شرط البر فحنث، ولو كان وقت وقتاً فقال اليومَ أو إلى كذا وكذا فأبرأه قبل ذلك أو وهبه له لم يحنث عند أبـي حنيفة ومحمد إذا جاوز ذلك الوقت.

وعند أبـي يوسف: يحنث بناءً على أن اليمين الموقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت عندهما فكأنه قال في آخر الوقت لأقبضن منه ديني ولا دين عليه فلا تنعقد اليمين عندهما وتنعقد عند أبـي يوسف فيحنث، أصل المسألة إذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأهريق الماء قبل انقضاء اليوم وقد ذكرناها فيما تقدم، فإن قبض الدين فوجده زيوفاً أو نبهرجة فهو قبض وبر في يمينه سواء كان حلف على القبض أو على الدفع، لأنها من جنس حقه من حيث «الأصل».

ألا ترى أنه يجوز أخذهما في ثمن الصرف فوقع بهما الاقتضاء، وإن كانت ستوقة فليس هذا بقبض لأنها ليست من جنس الدراهم، ولهذا لا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف، وكذلك لو رد الثوبَ الذي أخذ عن الدين بعيب أو استحقَ كان قد بر في يمينه وكان هذا قبضاً، لأن العيبَ لا يمنع صحة القبض، وكذا المستحق يصح قبضه ثم يبطل لعدم الإجازة فانحلت اليمين فلا يتصور الحنث بعد ذلك، وقد قالوا إذا اشترى بدينه بيعاً فاسداً وقبضه، فإن كان في قيمته وفاء بالحق فهو قابض لدينه ولا يحنث، وإن لم يكن فيه وفاء حنثَ، لأن المضمونَ في البيع الفاسد القيمةَ لا المسمى، ولو غصب الحالف مالاً مثل دينه بر، لأنه وقع الاقتضاء به، وكذلك لو استهلك له دنانيرَ أو عروضاً، لأن القيمة تجب في ذمته فيصير قصاصاً.

وقال محمد: إذا قال إن لم أتزن من فلان مالي عليه أو لم أقبض مالي عليه في كيس، أو قال إن لم أقبض مالي عليك دراهم أو بالميزان، أو قال إن لم أقبض دراهم قضاء من الدراهم التي لي عليك فأخذ بذلك عرضاً أو شيئاً مما يوزن من الزعفران أو غيره فهو حانث، لأنه لما ذكر الوزنَ والكيسَ والدراهمَ فقد وقعت يمينه على جنس حقه فإذا أخذ عوضاً عنه حنث.

فصل: وأما الحالف على الهدم، قال ابن سماعة: وسمعت أبا يوسف يقول في رجل قال والله لأهدمن هذه الدار، فإن هدم سقوفها بر، لأنه لا يقدر على أن يزيل اسم الدار بالهدم، لأنه لو هدم جميع بنائها لكانت بذلك تسمى داراً لما ذكرنا أنها اسم للعرصة فحملت اليمين على الكسر.

قال محمد: إذا حلف لينقضن هذا الحائط أو ليهدمَنه اليومَ فنقضَ بعضَه أو هدمَ بعضَه ولم يهدم ما بقي حتى مضى اليومُ يحنث قال: والهدم عندنا أن يهدم حتى يبقى منه ما لا يسمى حائطاً، لأن الحائطَ يمكن هدمه حتى يزيل الاسم عنه فوقعت اليمين على ذلك بخلاف الدار، فإن نوى هدم بعضه صدق ديانةً لأن ذلك يسمى هدماً بمعنى الكسر، ولو حلف ليكسرن هذا الحائط فكسر بعضه بر، لأنه يقال له حائط مكسور فلا يعتبر ما يزيل به اسم الحائط، فالحاصل أن ههنا ألفاظاً ثلاثة: الهدم، والنقض، والكسر، والمسائل مبنية على معرفة معنى كل لفظ فالهدم اسم لإزالة البناء لأنه ضد البناء فإن فعل في الحائط فعلاً ينظر إن بقي بعدَه ما يسمى مبنياً حنثَ، لأنه لا وجودَ للشيء مع وجود ما يضاده، وإن لم يبق ما يسمى مبنياً بر لتحققه في نفسه، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهُدِّمَتْ صَوَامِعُ﴾[1] والمراد منه استئصالها لا إحداث صدع أو وهنٍ في أبنيتها، وكذلك النقض يقال فلان نقض بينه كذا أي أزالها، ولو نقض بعض الحائط أو هدم بعضه، وقال عنيت به بعضه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى عز وجل، لأنه نوى تخصيص العموم وأنه محتمل فلا يصدقه القاضي لأنه عدول عن الظاهر، والكسر عبارة عن إحداث صدع أو شق فيما صلب من الأجسام بمنزلة الخرق فيما استرخى منها، فإذا ثبت فيه هذا فقد بر في يمينه، وإن بقي التركيب والله تعالى أعلم.

فصل: وأما الحلف على الضرب والقتل، قال المعلى سألت محمداً عن رجل حلف بطلاق امرأته ليضربنها حتى يقتلَها أو حتى ترفع ميتة ولا نية له، قال إن ضربها ضرباً شديداً كأشد الضرب بر في يمينه، لأنه يراد بمثل هذا القول في العادة شدة الضرب دون الموت، قال: فإن حلف ليضربنها حتى يغشى عليها أو حتى تبول فما لم يوجد ذلك لم يبر في يمينه، لأن هذا يحدث عند شدة الضرب غالباً فيراعى وجوده للبر.

ولو حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل فمعنى ذلك أن يضربه في كل ما شكي بحق أو بباطل، لأنه لا يمكن حمله على الحقيقة وهو الضرب عند كل حق وباطل، لأن العبدَ لا يخلو من ذلك فإذاً يكون عند الشكاية فإذاً يكون المولى في ضربه أبداً فحمل الضرب على الشكاية للعرف ولا يكون الضرب في هذا عند الشكاية أي لا يحمل الضرب على فور الشكاية، لأن اليمينَ الواقعة على فعل مطلق عن زمان لا تتوقت بزمان دون زمان بل تقع على العمر إلا أن يعني به الحال فيكون قد شدد على نفسه، فإن شكى إليه فضربه ثم شكى إليه في ذلك الشيء مرة أخرى والمولى يعلم أنه في ذلك الشيء أو لا يعلم فذلك سواء وليس عليه أن يضربه للشكاية الثانية، لأنه قد ضرَبه فيها مرة واحدة ولا يتعلق بالفعل الواحد الذي وقعت الشكاية عليه أكثر من ضرب واحد في العرف كما لو قال إن أخبرتني بكذا فلك درهم فأخبره مرة بعد مرة أنه لا يجب إلا درهم واحد، وإن كان الثاني إخباراً كالأول كذا هذا.

وقال المعلى: سألت محمداً عن رجل حلف ليقتلن فلاناً ألف مرة فقتله ثم قال إنما نويت أن آلي على نفسي بالقتل قال أدينه في القضاء، لأن العادة أنهم يريدون بهذا تشديد القتل دون تكرره لعدم تصوره.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: إن لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة فهذا

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٥١).

على أن يضربها ضرباً شديداً يوجعها فإذا فعل ذلك فقد بر لأن المرادَ منه أن لا يتركها حية سليمة ولا ميتة وذلك بالضرب الشديد فينصرف إليه.

وقال محمد: فيمن حلف بالطلاق لقد سمع فلاناً يطلق امرأته ألف مرة وقد سمعه طلقها ثلاثاً فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأن حكم الثلاث حكم الألف في الإيقاع، ولأنه يراد بمثله أكثر عدد الطلاق في العادة وهو الثلاث.

ولو قال امرأته طالق إن لم يكن لقي فلاناً ألف مرة وقد لقيه مراراً كثيرة لأن ذلك لا يكون ألف مرة وإنما أراد كثرة اللقاء ولم يرد العدد أني أدينه لأن مثلَ هذا يذكر في العادة والعرف للتكثير دون العدد المحصور، وقد قال الله تعالى: ﴿اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِنْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ﴾[1] وليس ذلك على عدد السبعين بل ذكره سبحانه وتعالى للتكثير كذا هذا.

ولو قال: والله لا أقتل فلاناً بالكوفة، أو قال: والله لا أتزوج فلانة بالكوفة فضربه الحالف ببغداد فمات بالكوفة أو زوجه الولي امرأةً كبيرة ببغداد فبلغها الخبر بالكوفة فأجازت حنث في اليمينين جميعاً، وكذلك لو حلف على الزمان فقال لا أفعل ذلك يوم الجمعة فمات يوم الجمعة أو أجازت النكاح يوم الجمعة حنث الحالف، ولو كان حلف ليفعلن ذلك بالكوفة أو يوم الجمعة فكان ما ذكرنا بر في يمينه وإنما كان ذلك، لأن الفعل الذي هو قتل إن وجد ببغداد ويوم السبت لكنه موصوف بصفة الإضافة إلى المخاطب وإنما يصير موصوفاً بالإضافة وقت ثبوت أثره وهو زهوق الروح وذلك وجد بالكوفة يوم الجمعة فيحنث في يمينه ونظيره لو قال إن خلق الله تعالى لفلان ابناً في هذه السنة فعبدي حر فحصل له ولد في هذه السنة يحنث، وإن كان خلق الله أزلياً لكن الإضافة إلى المخلوق إنما تثبت عند وجود أثره وهو وجود الولد كذا ههنا.

والنكاح في الشرع اسم لما بعد الحل وذلك إنما يوجد عند الإجازة، وكذلك العبد إذا اشترى عبداً بغير إذن مولاه ثم بلغ المولى فأجاز فإنه مشترى يوم أجازه المولى لأنه يوم ثبوت الملك.

وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد إنه بائع يوم باع ومشتر يوم اشترى وقال في القتل كما قال أبو يوسف لمحمد إن الملك عند الإجازة يتعلق بالعقد كما يتعلق به عند إسقاط الخيار.

ولأبي يوسف أن الأحكام لا تتعلق بالعقد الموقوف وإنما تتعلق بالإجازة ولو كانت الضربة قبل اليمين ومات بالكوفة أو يوم الجمعة لا يحنث في يمينه، وإن وجد القتل المضاف إلى المخاطب يوم الجمعة، لأن هذا القتل وجد منه قبل اليمين فلا يتصور امتناعه عن اتصافه بصفة الإضافة والإنسان لا يمنع نفسه عما ليس في وسعه الامتناع عنه إذ مقصود الحالف البر لا الحنث، ولهذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته لا يحنث، فإن وجد السكنى وعرف بدلالة الحال أنه أراد منع نفسه عن قتل مضاف إلى مخاطب باشره بعد اليمين، ونظيره ما ذكره محمد أنه لو قال لامرأته أنت طالق غداً، ثم قال لها إن طلقتك فعبدي حر فجاء غد فطلقت لم يعتق عبده، ولو قال لها إن طلقتكِ فعبدي حر، ثم قال لها: إذا جاء غد فأنت طالق فجاء غد وطلقت عتق عبده لهذا المعنى كذا هذا.

---

(١) سورة التوبة، الآية: (٨١).

فصل: وأما الحلف على المفارقة والوزن وما أشبه ذلك إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه واشترى منه شيئاً على أن البائع بالخيار ثم فارقه حنث لأن الثمن ما يستحق على المشتري فلم يصر مستوفياً، فإن أخذ به رهناً أو كفيلاً من غير براءة المكفول عنه ثم فارقه يحنث، لأن الحق في ذمة الغريم بحاله لم يستوف فإن هلك الرهن قبل الافتراق بر في يمينه، لأنه صار مستوفياً، وإن هلك بعد الافتراق لا يبر، لأنه فارقه قبل الاستيفاء فحنث.

وقال أبو يوسف: في رجل له على امرأة دين فحلف أن لا يفارقها حتى يستوفي ثم تزوجها عليه وفارقها وكانت عقدة النكاح جائزة فقد بر في يمينه لأنه قد وجب في ذمته بالنكاح مثل دينه وصار قصاصاً فجعل مستوفياً، وإن كان النكاح فاسداً ولم يدخل بها حنث، لأن المهرَ لا يجب بالنكاح الفاسد فلم يصر مستوفياً، فإن دخل بها قبل أن يفارقها ومهر مثلها مثل الدين أو أكثر لم يحنث؛ لأن المهر وجب عليه بالدخول فصار مستوفياً، فإن كان العقد صحيحاً فوقعت الفرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارقها لم يحنث، لأن المهر الواجب بالعقد قد سقط وإنما عاد له دين بالفرقة بعد انحلال اليمين فلا يحنث.

ولو حلف ليزنن ما عليه فأعطاه عدداً فكانت وازنة حنث، لأنه حلف على الوزن والوزن فعله ولم يفعله.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال والله لا أقبضن مالي عليك إلا جميعاً وله عشرة دراهم وعلى الطالب لرجل خمسة دراهم فأمر الذي له الخمسة هذا الحالف أن يحتسب للمطلوب بالخمسة التي عليه وجعلها قصاصاً ودفع فلان المطلوب إلى الحالف خمسة فكأنه قال: إذا كان متوافراً فهو جائز فلا يحنث، لأن الاستيفاء دفعة واحدة يقع على القبض في حالة واحدة وأن يعرف الوزن، ألا ترى أن الدينَ إذا كان مالاً كثيراً لا يمكنه دفعه في وزنة واحدة، وقد قبض الخمسة حقيقة والخمسة بالمقاصة.

وقد روى ابن رستم عن محمد فيمن قال والله لا آخذ مالي عليك إلا ضربة واحدة فوزن خمسمائة وأخذها ثم وزن خمسمائة قال: فقد أخذها ضربة واحدة لأن هذا لا يعد متفرقاً قال: وكذلك لو جعل يزنها درهماً درهماً.

وقال محمد في «**الجامع**»: إذا كان له عليه ألف درهم، فقال عبده حر إن أخذها اليوم منك درهماً دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي لم يحنث، لأن يمينه وقعت على أخذ الألف متفرقة في اليوم ولم يأخذ الألف بل بعض الألف.

ولو قال: عبده حر إن أخذ منها اليوم درهماً دون درهم فأخذ منها خمسة دراهم ولم يأخذ ما بقي حتى غربت الشمس يحنث حين أخذ الخمسة، لأن يمينه ما وقعت على أخذ الكل متفرقاً بل على أخذ البعض، لأن كلمة من للتبعيض ولو قال عبده حر إن أخذها اليوم درهماً دون درهم فأخذ في أول النهار بعضها وفي آخر النهار الباقي حنث، لأنه أضاف الأخذ إلى الكل، وقد أخذ الكل في يوم متفرقاً.

وقال أصحابنا: إذا حلف لا يفارقه حتى يستوفي ماله عليه فهرب أو كابره على نفسه أو منعه منه إنسان كرهاً حتى ذهب لم يحنث الحالف، لأنه حلف على فعل نفسه وهو مفارقته إياه ولم يوجد منه فعل المفارقة،

ولو كان قال: لا تفارقني حتى آخذ مالي عليك حنثَ، لأنه حلف على فعل الغريم وقد وجد والله تعالى أعلم.

فصل: وأما الحلف على ما يضاف إلى غير الحالف بملك أو غيره، فجملة الكلام فيه أن الحالف لا يخلو: إما إن اقتصر على الإضافة، وإما إن جمع بين الإضافة والإشارة؛ والإضافة لا تخلو إما أن تكون إضافة ملك أو أضافة نسبة من غير ملك، فإن اقتصر في يمينه على الإضافة، والإضافة إضافة ملك فيمينه على ما في ملك فلان يوم فعل ما حلف عليه حتى يحنث سواء كان الذي أضافه إلى ملك فلان في ملكه يوم حلف أو لم يكن بأن حلف لا يأكل طعام فلان أو لا يشرب شرابَ فلان أو لا يدخل دارَ فلان أو لا يركب دابة فلان أو لا يلبس ثوب فلان أو لا يكلم عبد فلان ولم يكن شيء منها في ملكه ثم استحدث الملك فيها. هذا جواب ظاهر الرواية في «**الأصل**» والزيادات وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف وروي عنه روايةٌ أخرى أن الإضافة إذا كانت فيما يستحدث الملك فيه حالاً فحالاً في العادة، فإن اليمينَ تقع على ما في ملكه يوم فعل كالطعام والشراب والدهن وإن كانت الإضافة فيما يستدام فيه الملك ولا يستحدث ساعة فساعة عادة فاليمين على ما كان في ملكه يوم حلف كالدار والعبد والثوب.

وذكر ابن سماعة في «**نوادره**»: عن محمد أن ذلك كله ما في ملكه يوم حلف، ولا خلاف في أنه إذا حلف لا يكلم زوج فلانة أو امرأة فلان أو صديق فلان أو ابن فلان أو أخ فلان ولا نية له أن ذلك على ما كان يوم حلف ولا تقع على ما يحدث من الزوجية والصداقة والولد ففرق في ظاهر الرواية بين الإضافتين وسوّى بينهما في «**النوادر**».

ووجه رواية «**النوادر**»: أن الإضافة تقتضي الوجود حقيقة إذ الموجود يضاف لا المعدوم فلا تقع يمينه إلا على الموجود يوم الحلف ولهذا وقعت على الموجود في إحدى الإضافتين وهي إضافة النسبة كذا في الأخرى.

وجه ظاهر الرواية: وهو الفرق بين الإضافتين أن في إضافة الملك عقد يمينه على مذكور مضاف إلى فلانٍ بالملك مطلقاً عن الجهة وهي أن يكون مضافاً إليه بملك كان وقت الحلف أو بملك استحدث فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل وقد وجدت الإضافة عند الفعل فيحنث، وفي إضافة النسبة قام دليل التقييد وهي أن أعيانهم مقصودة باليمين لأجلهم عرفاً وعادةً لما تبين فانعقدت على الموجود وصار كما لو ذكرهم بأساميهم أو أشار إليهم، فأما الملك فلا يقصد باليمين لذاته بل للمالك فيزول بزوال ملكه.

وأبو يوسف على ما روي عنه ادّعى تقييد المطلق بالعرف وقال استحداث الملك في الدار ونحوها غير متعارف بل هو في حكم الندرة حتى يقال: الدار هي أول ما يشترى وآخر ما يباع، وتقييد المطلق بالعرف جائز فتقييد اليمين فيها بالموجود وقت الحلف للعرف بخلاف الطعام والشراب ونحوهما، لأن استحداث الملك فيها معتاد فلم يوجد دليل التقييد.

والجواب: أن دعوى العرف على الوجه المذكور ممنوعة بل العرف مشترك فلا يجوز تقييد المطلق بعادة مشتركة.

ولو حلف لا يدخل دارَ فلان، فالصحيح أنه على هذا الاختلاف، لأن كل إضافة تقدر فيها اللام، فكان الفصلان من الطعام والعبد ونحوهما على الاختلاف، ثم في إضافة الملك إذا كان المحلوف عليه في ملك الحالف وقت الحلف فخرج عن ملكه ثم فعل لا يحنث بالإجماع.

وأما في إضافة النسبة من الزوجة والصديق ونحوهما إذا طلق زوجته فبانت منه أو عادى صديقه ثم كلمه، فقد ذكر في «**الجامع الصغير**» أنه لا يحنث، وذكر في «**الزيادات**» أنه يحنث، وقيل ما ذكر في «**الجامع**» قول أبي حنيفة وأبي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد المذكور في «**النوادر**».

وجه المذكور في الزيادات أن يمينه وقعت على الموجود وقت الحلف فحصل تعريف الموجود بالإضافة فيتعلق الحكم بالعرف لا بالإضافة.

وجه ما ذكر في «**الجامع الصغير**» أن الإنسان قد يمنع نفسه عن تكليم امرأة لمعنى فيها وقد يمنع من تكليمها لمعنى في زوجها فلا يسقط اعتبار الإضافة مع الاحتمال. وإن جمع بين الملك والإشارة بأن قال لا أكلم عبد فلان هذا أو لا أدخل دار فلان هذه أو لا أركب دابة فلان هذه أو لا ألبس ثوب فلان هذا فباع فلان عبده أو داره أو دابته أو ثوبه، فكلم أو دخل أو ركب أو لبس لم يحنث في قول أبي حنيفة إلا أن يعني غير ذلك الشيء خاصة، وعند محمد يحنث إلا أن يعني ما دامت ملكاً لفلان فهما يعتبران الإشارة والإضافة جميعاً وقت الفعل للحنث فما لم يوجدا لا يحنث، ومحمد يعتبر الإشارة دون الإضافة.

وأما في إضافة النسبة فلا يشترط قيام الإضافة وقت الفعل للحنث بالإجماع حتى لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذا أو صديق فلان هذا فبانت زوجته منه أو عادى صديقه فكلم يحنث.

وجه قول محمد في مسألة الخلاف: أن الإضافة والإشارة كل واحد منهما للتعريف، والإشارة أبلغ في التعريف لأنها تخصص العين وتقطع الشركة فتلغو الإضافة كما في إضافة النسبة وكما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ أنه يحنث لما قلنا كذا هذا.

ولهما: أن الحالفَ لما جمع بين الإضافة والإشارة لزم اعتبارهما ما أمكن لأن تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن وأمكن اعتبار الإضافة ههنا مع وجود الإشارة، لأنه باليمين منع نفسه عن مباشرته المحلوف، والظاهر أن العاقل لا يمنع نفسه عن شيء منعاً مؤكداً باليمين إلا لداع يدعوه إليه، وهذه الأعيان لا تقصد بالمنع لذاتها بل لمعنى في المالك، أما الدار ونحوها فلا شك فيه، وكذا العبد لأنه لا يقصد بالمنع لخسته، وإنما يقصد به مولاه وقد زال بزوال الملك عن المالك وصار كأنه قال: مهما دامت لفلان ملكاً، بخلاف المرأة والصديق لأنهما يقصدان بالمنع لأنفسهما فتتعلق اليمين بذاتيهما والذات لا تتبدل بالبينونة والمعاداة فيحنث كما إذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعدما صار شيخاً.

ولو حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباع الطيلسان فكلمه حنث لأن الطيلسان مما لا يقصد بالمنع وإنما يقصد ذات صاحبه وأنها باقية.

وذكر محمد في «**الزيادات**»: إذا حلف لا يركب دوابَّ فلان أو لا يلبس ثيابه أو لا يكلم غلمانه إن ذلك

على ثلاثة، لأن أقل الجمع الصحيح ثلاثة، وكذلك لو قال لا آكل أطعمة فلان أو لا أشرب أشربة فلان أن ذلكَ على ثلاثة أطعمة وثلاثة أشربة لما قلنا، ويعتبر قيام الملك فيها وقت الفعل لا وقت الحلف في ظاهر الروايات على ما بينا.

فإن قال: أردت جميع ما في ملكه من الأطعمة لم يدين في القضاء، لأنه خلاف ظاهر كلامه كذا ذكر القدوري.

وذكر في «الزيادات» أنه يدين في القضاء لأنه نوى حقيقة ما تلفظ به فيصدق في القضاء كما إذا حلف لا يتزوج النساء أو لا يشرب الماء أو لا يكلم الناس ونحو ذلك ونوى الجميع، ولو كانت اليمين على إخوة فلان أو بني فلان أو نساء فلان لا يحنث ما لم يكلم الكل منهم عملاً بحقيقة اللفظ ويتناول الموجودين وقت الحلف لأن هذه إضافة نسبة.

وقال أبو يوسف: إن كان ذلك مما يحصى فاليمين على جميع ما في ملكه، لأنه صار معرفاً بالإضافة ويمكن استيعابه فكان كالمعرف بالألف واللام، وإن كان لا يحصى إلا بكتاب حنث بالواحد منه لأنه تعذر استغراق الجنس فيصرف إلى أدنى الجنس كقوله: لا أتزوج النساء، ومما يجانس مسائل الفصل الأول ما قال خلف بن أيوب سألت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج بنت فلان أو بنتاً لفلان فولدت له بنت ثم تزوجها، أو قال: والله لا أتزوج من بنات فلان ولابنات له ثم ولد له، أو قال: والله لا أشرب من لبن بقرة فلان ولا بقرة له ثم اشترى بقرة فشرب من لبنها، أو قال لصبي صغير والله لا أتزوج من بناتك فبلغ فولد له فتزوج منهن أيحنث أم لا، أو قال لا آكل من ثمرة شجرة فلان ولا شجرة لفلان ثم اشترى شجرة فأكل من ثمرها، قال: أما إذا حلف لا يتزوج بنت فلان ولا يشرب من لبن بقرة فلان ولا يأكل من ثمرة شجرة فلان فلا يحنث في شيء من هذا.

وأما قوله: لا أتزوج بنتاً من بنات فلان أو بنتاً لفلان فإنه يحنث وتلزمه اليمين في قول أبي حنيفة، وأما أنا فأقول لا يحنث لأنه حلف يوم حلف على ما لم يخلق حال حلف، وسألت الحسن فقال مثل قول أبي حنيفة.

لأبي حنيفة أن قوله: لا أتزوج بنت فلان يقتضي بنتاً موجودة في الحال فلم تعقد اليمين على الإضافة، وإذا قال بنتاً لفلان فقد عقد اليمين على الإضافة فيعتبر وجودها يوم الحلف كقوله عبداً لفلان.

وأما أسد فاعتبر وجود المحلوف عليه وقت اليمين فما كان معدوماً لا تصح الإضافة فيه فلا يحنث.

وقال خلف: سألت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج امرأة من أهل هذه الدار وليس للدار أهل ثم سكنها قوم فتزوج منهم قال يحنث في قول أبي حنيفة ولا يحنث في قولي وهو على ما بينا من اعتبار الإضافة.

فصل: وأما الحلف على ما يخرج من الحالف أو لا يخرج إذا قال إن دخل داري هذه أحد أو ركب دابتي أو ضرَب عبدي ففعل ذلك الحالف لم يحنث لأن قوله أحد نكرة والحالف صار معرفة بياء الإضافة، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة لأن المعرفة مايكون متميز الذات من بني جنسه، والنكرة ما لا يكون متميز

الذات عن بني جنسه بل يكون مسماه شائعاً في جنسه أو نوعه، ويستحيل أن يكون الشيء الواحد متميز الذات غير متميز الذات.

وكذلك لو قال لرجل إن دخل دارك هذه أحد أو لبس ثوبك أو ضرب غلامك ففعله المحلوف عليه لم يحنث، لأن المحلوفَ صار معرفة بكاف الخطاب فلا يدخل تحت النكرة، وإن فعله الحالف حنث، لأنه ليس بمعرفة لانعدام ما يوجب كونه معرفة فجاز أن يدخل تحت النكرة.

ولو قال: إن ألبست هذا القميص أحداً فلبسه المحلوف عليه لم يحنث لأنه صار معرفةً بتاء الخطاب، وإن ألبسه المحلوف عليه الحالف حنثَ، لأن الحالفَ نكرة فيدخل تحت النكرة.

وإن قال: إن مسَّ هذا الرأس أحد وأشار إلى رأسه لم يدخل الحالف فيه وإن لم يضفه إلى نفسه بياء الإضافة، لأن رأسَه متصل به خلقةً فكان أقوى من إضافته إلى نفسه بياء الإضافة.

ولو قال: إن كلم غلام عبد الله بن محمد أحداً فعبدي حر فكلم الحالف وهو غلام الحالف واسمه عبد الله بن محمد حنث، وطعن القاضي أبو حازم عبد الحميد العراقي[1] في هذا في «**الجامع**» وقال: ينبغي أن لا يحنث، لأن الحلف تحت اسم العلم، والأعلام معارف وهي عند أهل النحو أبلغ في التعريف من الإشارة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة، وكذا عرفه بالإضافة إلى أبيه بقوله: ابن محمد فامتنع دخوله تحت النكرة، وجه ظاهر الرواية أنه يجوز استعمال العلم في موضع النكرة، لأن اسم الأعلام، وإن كانت معارف لكن لا بد من سبق المعرفة من المتكلم والسامع حتى يجعل هذا اللفظ علماً عنده وعند سبق المعرفة منهما بذلك أما بتعين المسمى بالعلم باسمه إذا لم يكن يزاحمه غيره والعلم واحتمال المزاحمة ثابت وإذا جاز استعمال العلم في موضع النكرة وقد وجد ههنا دليل انصراف التسمية إلى غير الحالف وهو أن الإنسان في العرف الظاهر من أهل اللسان أنه لا يذكر نفسه باسم العلم بل يضيف غلامه إليه بياء الإضافة فيقول غلامي، فالظاهر أنه لم يرد نفسه وأنه ما دخل تحت العلم الذي هو معرفة فلم يخرج الحالف عن عموم هذه النكرة.

فصل: وأما النوع الثاني: وهو الحلف على أمور شرعية وما يقع منها على الصحيح والفاسد أو على الصحيح دون الفاسد مثل البيع والشراء والهبة والمعاوضة والعارية والنحلة والعطية والصدقة والقرض والتزويج والصلاة والصوم ونحو ذلك إذا حلف لا يشتري ذهباً ولا فضةً فاشترى دراهمَ أو دنانيرَ أو آنيةً أو تبراً أو مصوغ حلية أو غير ذلك مما هو ذهب أو فضة فإنه يحنث في قول أبـي يوسف وقال محمد لا يحنث في الدراهم والدنانير.

و «**الأصل**» في جنس هذه المسائل أن أبا يوسف يعتبر الحقيقة، ومحمد يعتبر العرف. لمحمد أن اسم الذهب والفضة إذا أطلق لا يراد به الدرهم والدنانير في العرف، ألا ترى أنها اختصت باسم على حدة فلا يتناولها مطلق اسم الذهب والفضة، ولأبـي يوسف أن اسم الذهب والفضة يقع على الكل لأنه اسم جنس وكونه مضروباً ومصوغاً وتبراً أسماء أنواع له، واسم الجنس يتناول الأنواع كاسم الآدمي.

(١) أبو حازم: عبد الحميد العراقي تقدمت ترجمته.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ والْفِضَّةَ وَلاَ يُنْفِقُوْنَهَا فِيْ سَبِيْلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيْمٍ﴾[1]، فدخل تحت هذا الوعيد كاثر المضروب وغيره.

ولو حلف لا يشتري حديداً فهو على مضروب ذلك وتبره سلاحاً كان أو غير سلاح بعد أن يكون حديداً في قول أبـي يوسف.

وقال محمد: إن اشترى شيئاً من الحديد يسمى بائعه حداداً يحنث، وإن كان بائعه لا يسمى حداداً لا يحنث، وبائع التبر لا يسمى حداداً فلا يتناولها مطلق اسم الحديد ولها اسم يخصها فلا يدخل تحت اليمين.

ولأبـي يوسف: أن الحديد اسم جنس فيتناول المعمول وغير المعمول. وقال أبو يوسف في باب الذهب والفضة إنه إن كان له نية دُيِّنَ فيما بينه وبين الله سبحانه والنية في هذا واسعة لأنها تخصيص المذكور.

وقال في باب الحديد: لو قال عنيت التبر فاشترى إناء لم يحنث، ولو قال: عنيت قمقماً فاشترى سيفاً أو إبراً أو سكاكين أو شيئاً من السلاح لم يحنث ويدين في القضاء وهذا مشكل على مذهبه، لأن الاسم عنده عام، فإذا نوى شيئاً منه بعينه فقد عدل عن ظاهر العموم، فينبغي أن لا يصدق في القضاء وإن صدق فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال محمد في «**الزيادات**»: لو حلف لا يشتري حديداً ولا نية له فاشترى درع حديد أو سيفاً أو سكيناً أو ساعدين أو بيضة أو إبراً أو مسال لا يحنث، وإن اشترى شيئاً غير مضروب أو إناء من آنية الحديد أو مسامير أو أقفالاً أو كانون حديد يحنث؛ قال: لأن الذي يبيع السلاح والإبر والمسال لا يسمى حداداً، والذي يبيع ما وصفت لك يسمى حداداً.

وقال أبو يوسف: إن اشترى بابَ حديد أو كانونَ حديد أو إناءَ حديد مكسور أو نصل سيف مكسور حنث، فأبو يوسف اعتبر الحقيقة وهو أن ذلك كله حديد فتناوله اليمين، ومحمد اعتبر العرف وهو أنه لا يسمى حديداً في العرف حتى لا يسمى بائعه حداداً. قال أبو يوسف: ولو حلف لا يشتري صفراً فاشترى طشت صفر أو كوزاً أو توراً حنث، وكذلك عند محمد، أما عند أبـي يوسف فلاعتبار الحقيقة وأما عند محمد فلأن بائع ذلك يسمى صفّاراً.

وقال محمد: لو اشترى فلوساً لا يحنث، لأنها لا تسمى صفراً في كلام الناس لـو حلف لا يشتري صوفاً فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث.

و «**الأصل**» فيه أن من حلف لا يشتري شيئاً فاشترى غيره ودخل المحلوف عليه في البيع تبعاً لم يحنث، وإن دخل مقصوداً يحنث والصوف ههنا لم يدخل في العقد مقصوداً؛ لأن التسمية لم تتناول الصوف وإنما دخل في العقد تبعاً للشاة وكذلك لو حلف لا يشتري آجراً أو خشباً أو قصباً فاشترى داراً لم يحنث لأن البناءَ يدخل في العقد تبعاً لدخوله في العقد بغير تسمية فلم يكن مقصوداً بالعقد وإنما يدخل فيه تبعاً.

وإن حلف لا يشتري ثمر نخل فاشترى أرضاً فيها نخل مثمرة وشرط المشتري الثمرة يحنث، لأن

---

(١) سورة التوبة، الآية: (٢٤).

الثمرةَ دخلت في العقد مقصودة لا على وجه التبع، ألا ترى أنه لو لم يسمها لا تدخل في البيع، وكذلك لو حلف لا يشتري بقلاً فاشترى أرضاً فيها بقل واشترط المشتري البقل فإنه يحنث لدخول البقل في البيع مقصوداً لا تبعاً.

ولو حلف لا يشتري لحماً فاشترى شاة حية لا يحنث، لأن العقدَ لم يتناول لحمها، لأن لحمَ الشاة الحية محرم لا يجوز العقد عليه، وكذلك إن حلف أن لا يشتري زيتاً فاشترى زيتوناً، لأن العقد لم يقع على الزيت، ألا ترى أنه ليس في ملك البائع.

وعلى هذا قالوا فيمن حلف لا يشتري قصباً ولا خوصاً فاشترى بورياً أو زنبيلاً من خوص لم يحنث، لأن الاسم لم يتناول ذلك، وكذلك لو حلف لا يشتري جدياً فاشترى شاة حاملاً بجدي، وكذلك لو حلف لا يشتري لبناً فاشترى شاةً في ضرعها لبن.

وكذلك لو حلف لا يشتري مملوكاً صغيراً فاشترى أمةً حاملاً، وكذلك لو حلف لا يشتري دقيقاً فاشترى حنطة. وقالوا: لو حلف لا يشتري شعيراً فاشترى حنطةً فيها شعير لم يحنث، لأن الشعيرَ ليس بمعقود عليه مقصوداً وإنما يدخل في العقد تبعاً بخلاف ما إذا حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها شعير. لأن الأكل فعل فإذا وقع في عينين لم تتبع إحداهما الأخرى، فأما الشراء فهو عقد وبعض العين مقصودة بالعقد، وبعضها غير مقصودة، وقد كان قول أبـي يوسف الأول أنه إذا حلف لا يشتري صوفاً فاشترى شاة على ظهرها صوف يحنث.

ولو حلف لا يشتري لبناً فاشترى شاةً في ضرعها لبن لم يحنث وقال: لأن الصوف ظاهر فتناوله العقد.

وأما اللبن فباطن فلم يتناوله ثم رجع فسوّى بينهما لما بينا.

ولو حلف لا يشتري دهناً فهو على دهن جرت عادة الناس أن يدهنوا به فإن كان مما ليس في العادة أن يدهنوا به مثل الزيت والبزر ودهن الأكارع لم يحنث، لأن الدهن عبارة عما يدهن به، والأيمان محمولة على العادة فحملتِ اليمين على الأدهان الطيبة.

وإن حلف لا يدهن بدهن ولا نية له فادَّهن بزيت حنث، وإن ادهن بسمن لم يحنث، لأن الزيتَ لو طبخ بالطيب صار دهناً فأجراه مجرى الأدهان من وجه ولم يجره مجراها من وجه حنث، قال في الشراء لا يحنث وفي الأدهان يحنث، فأما السمن فإنه لا يدهن به بحال في الوجهين فلم يحنث، وكذلك دهن الخروع والبزور، ولو اشترى زيتاً مطبوخاً ولا نية له حين حلف يحنث لأن الزيت المطبوخ بالنار والزنبق دهن يدهن به كسائر الأدهان.

ولو حلف لا يشتري بنفسجاً أو حناءً، أو حلف لا يشمهما فهو على الدهن والورق في البابين جميعاً، وقد ذكر في «الأصل» إذا حلف لا يشتري بنفسجاً أنه على الدهن دون الورق، وهذا على عادة أهل الكوفة، لأنهم إذا أطلقوا البنفسج أرادوا به الدهن، فأما في غير عرف الكوفة فالاسم على الورق فتحمل اليمين عليه، والكرخي حمله عليهما وهو رواية عن أبـي يوسف.

وأما الحناء والورد فهو على الورق دون الدهن إلا أن ينوي الدهن فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء لأن اسم الورد والحناء إذا أطلق يراد به الورق لا الدهن.

وذكر في «**الجامع الصغير**» أن البنفسج على الدهن والورد على ورق الورد وجعل في «**الأصل**» الخيري مثل الورد والحناء فحمله على الورق.

ولو حلف لا يشتري بزراً فاشترى دهن بزر حنث، وإن اشترى حباً لم يحنث لأن إطلاقَ اسم البزر يقع على الدهن لا على الحب.

ولو حلف لا يبيع أو لا يشتري فأمر غيره ففعل، فجملة الكلام فيمن حلف على فعل فأمر غيره ففعل إن فعل المحلوف عليه لا يخلو، إما أن يكون له حقوق أو لا حقوق له، فإن كان له حقوق فإما أن ترجع إلى الفاعل أو إلى الآمر أو لا، فإن كان له حقوق ترجع إلى الفاعل كالبيع والشراء والإجارة والقسمة لا يحنث، لأن حقوق هذه العقود إذا كانت راجعة إلى فاعلها لا إلى الآمر بها كانت العقود مضافة إلى الفاعل لا إلى الآمر على أن الفاعل هو العاقد في الحقيقة لأن العقد فعله وإنما للآمر حكم العقد شرعاً لا لفعله.

وعند بعض مشايخنا: يقع الحكم له ثم ينتقل إلى الآمر فلم يوجد منه فعل المحلوف عليه فلا يحنث إلا إذا كان الحالف ممن لا يتولى العقود بنفسه فيحنث بالأمر، لأنه إنما يمتنع عما يوجد منه عادةً وهو الأمر بذلك لا الفعل بنفسه، ولو كان الوكيل هو الحالف، قالوا: يحنث لما ذكرنا أن الحقوق راجعة إليه وأنه هو العاقد حقيقة لا الآمر، وإن كانت حقوقه راجعة إلى الآمر أو كان مما لا حقوق له كالنكاح والطلاق والعتاق والكتابة والهبة والصدقة والكسوة والاقتضاء والقضاء والحقوق والخصومة والشركة بأن حلف لا يشارك رجلاً فأمر غيره فعقد عقد الشركة والذبح والضرب والقتل والبناء والخياطة والنفقة ونحوها، فإذا حلف لا يفعل شيئاً من هذه الأشياء ففعله بنفسه أو أمر غيره حنث لأن ما لا حقوق له أو ترجع حقوقه إلى الأمر لا إلى الفاعل يضاف إلى الآمر لا إلى الفاعل.

ألا ترى أن الوكيل بالنكاح لا يقول تزوجت، وإنما يقول زوجت فلاناً والوكيل بالطلاق يقول طلقت امرأة فلان فكان فعل المأمور مضافاً إلى الآمر واختلفت الرواية عن أبـي يوسفَ في الصلح، روى بشر بن الوليد عنه أن من حلف لا يصالح فوكل بالصلح لم يحنث، لأن الصلحَ عقد معاوضة كالبيع، وروى ابن سماعة عنه أنه يحنث، لأن الصلحَ إسقاط حق كالإبراء.

فإن قال الحالف فيما لا ترجع حقوقه إلى الفاعل بل إلى الآمر كالنكاح والطلاق والعتاق نويت أن أَلِيَ ذلك بنفسي يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء، لأن هذه الأفعال جعلت مضافة إلى الآمر لرجوع حقوقها إليه لا إلى الفاعل، وقد نوى خلافَ ذلك الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى المحتمل، وإن كان خلاف الظاهر.

ولو قال: فيما لا حقوق له من الضرب والذبح عنيت أن أَلِيَ ذلك بنفسي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء أيضاً، لأن الضرب والذبح من الأفعال الحقيقية وأنه بحقيقته وجد من المباشر وليس

بتصرف حكمي فيه لتغيير وقوعه حكماً لغير المباشر فكانت العبرة فيه للمباشرة، فإذا نوى به أن يلي بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق قضاء وديانة.

ولو حلف لا يبيع من فلان شيئاً فأوجب البيع لا يحنث ما لم يقبل المشتري ولو حلف لا يهب لفلان شيئاً أو لا يتصدق عليه أو لا يعيره أو لا ينحل له أو لا يعطيه ثم وهب له أو تصدقَ عليه أو أعارَه أو نحلَه أو أعطَاه، فلم يقبل المحلوف عليه يحنث عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر لا يحنث، ونذكر المسألة والفرق بين الهبة وأخواتها وبين البيع في كتاب الهبة إن شاء الله تعالى.

وأما القرض فقد روي عن محمد أنه لا يحنث ما لم يقبل، وعن أبـي يوسف روايتان، في رواية مثل قول محمد، وفي رواية يحنث من غير قبول.

وجه هذه الرواية أن القرض لا تقف صحته على تسمية عوض فأشبه الهبة، وجه الرواية الأخرى أن القرض يشبه البيع لأنه تمليك بعوض.

وقد قال أبو يوسف على هذه الرواية: لو حلف لا يستقرض من فلان شيئاً فاستقرضه فلم يقرضه إنه حانث، فرق بين القرض وبين الاستقراض لأن الاستقراض ليس بقرض بل هو طلب القرض كالسوم في باب البيع.

ولو حلف لا يبيع فباع بيعاً فاسداً وقبل المشتري وقبض يحنث، لأنَ اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، ولأن المقصود من البيع هو الوصول إلى العوض، وهذا يحصل بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض، لأنه يفيد الملك بعد القبض، ولو باع بالميتة والدم لا يحنث لأنه ليس ببيع لانعدام معناه وهو ما ذكرنا ولانعدام حصول المقصود منه وهو الملك لأنه لا يقبل الملك، ولو باع بيعاً فيه خيار للبائع أو للمشتري لم يحنث في قول أبـي يوسف وحنث في قول محمد.

وجه قول محمد: أن اسم البيع كما يقع على البيع الثابت يقع على البيع الذي فيه خيار، فإن كل واحد منهما يسمى بيعاً في العرف إلا أن الملك فيه يقف على أمر زائد وهو الإجازة أو على سقوط الخيار فأشبه البيع الفاسد.

ولأبـي يوسفَ أن شرطَ الخيار يمنع انعقاد البيع في حق الحكم فأشبه الإيجاب بدون القبول، قال محمد: سمعت أبا يوسف قال فيمن قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فمضت المدة الثلاث، ووجب البيع يعتق وأنه على أصله صحيح، لأن اسم البيع عنده لا يتناول البيع المشروط فيه الخيار فلا يصير مشترياً بنفس القبول بل عند سقوط الخيار والعبد في ملكه عند ذلك يعتق.

وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» في البيع بشرط خيار البائع أو المشتري أنه يحنث ولم يذكر الخلاف، وأصل فيه أصلاً وهو أن كل بيع يوجب الملك أو تلحقه الإجازة يحنث به وما لا فلا، هذا إذا حلف على البيع والشراء بطلاق امرأته أو عتاق عبده بأن قال لامرأته أنت طالق أو عبده حر، فأما إذا حلف على ذلك بعتق العبد المُشْتَرَىٰ أو المبيع، فإن كان الحلف على الشراء بأن قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه ينظر إن اشتراه شراءً جائزاً باتاً عتق بلا شك، وكذلك لو كان المشتري فيه بالخيار، أما على قولهما

فلا يشكل لأن خيار المشتري لا يمنع وقوع الملك له.

وأما على قول أبي حنيفة فلأن المعلق بالشرط يصير كالمتكلم به عند الشرط فيصير كأنه أعتقه بعدما اشتراه بشرط الخيار، ولو أعتقه يعتق، لأن إقدامه على الإعتاق يكون فسخاً للخيار، ولو اشتراه على أن البائع فيه بالخيار لا يعتق لأنه لم يملكه، لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف، وسواء أجاز البائع البيع أو لم يجز لأنه ملكه بالإجازة لا بالعقد.

وذكر الطحاوي: أنه إذا أجاز البائع البيع يعتق، لأن الملكَ يثبت عند الإجازة مستنداً إلى وقت العقد، بدليل أن الزيادة الحادثة بعد العتق قبل الإجازة تدخل في العقد، هذا كله إن اشتراه شراءً صحيحاً، فإن اشتراه شراءً فاسداً فإن كان في يد البائع لا يعتق لأنه على ملك البائع بعد، وإن كان في يد المشتري وكان حاضراً عنده وقت العقد لأنه صارَ قابضاً له عقيب العقد فملكه، وإن كان غائباً في بيته أو نحوه فإن كان مضموناً بنفسه كالمغصوب يعتق لأنه ملكه بنفس الشراء، وإن كان أمانة أو كان مضموناً بغيره كالرهن لا يعتق لأنه لا يصير قابضاً عقيب العقد. هذا إذا كان الحلف على الشراء فإن كان على البيع فقال إن بعتك فأنت حر فباعه بيعاً جائزاً أو كان المشتري بالخيار لا يعتق لأنه زال ملكه عنه بنفس العقد والعقد لا يصح بدون الملك.

وإن كان الخيار للبائع يعتق لأنه كان في ملكه وقد وجد شرطه فيعتق، ولو باعه بيعاً فاسداً فإن كان في يد البائع أو في يد المشتري غائباً عنه بأمانة أو برهن يعتق لأنه لم يزل ملكه عنه، وإن كان في يد المشتري حاضراً أو غائباً، مضموناً بنفسه لا يعتق لأنه بالعقد زال ملكه عنه.

ولو حلف لا يتزوج هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد، حتى لو تزوجها نكاحاً فاسداً لا يحنث، لأن المقصود من النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد لأنه لا يثبت بسببه وهو الملك، بخلاف البيع فإن المقصودَ منه الملك وأنه يحصل بالفاسد، وكذلك لو حلف لا يصلي ولا يصوم فهو على الصحيح حتى لو صلى بغير طهارة أو صام بغير نية لا يحنث لأن المقصود منه التقرب إلى الله سبحانه وتعالى، ولا يحصل ذلك بالفاسد.

ولو كان ذلك كله في الماضي بأن قال إن كنت صليت أو صمت أو تزوجت فهو على الصحيح والفاسد لأن الماضي لا يقصد به الحل والتقرب، وإنما يقصد به الإخبار عن المسمى بذلك، والاسم يطلق على الصحيح والفاسد، فإن عنىٰ به الصحيح دين في القضاء لأنه النكاح المعنوي، ولو حلف لا يصلي فكبر ودخل في الصلاة لم يحنث حتى يركع ويسجد سجدة استحساناً، والقياس أن يحنث بنفس الشروع، لأنه كما شرع فيه يقع عليه اسم المصلي فيحنث، كما لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وشرع فيه.

وجه الاستحسان: وهو الفرق بين الصلاة وبين الصوم أن الحالف جعل شرط حنثه فعل الصلاة، والصلاة في عرف الشرع اسم لعبادة متركبة من أفعال مختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود والمتركب من أجزاء مختلفة لا يقع اسم كله على بعضه كالسكنجبين ونحو ذلك، فما لم توجد هذه الأفعال لا يوجد فعل الصلاة، بخلاف الصوم، لأن بصوم ساعة يحصل فعل صوم كامل لأنه اسم لعبادة مركبة من أجزاء متفقة وهي الإمساكات، وما هذا حاله فاسم كله ينطلق على بعضه حقيقة كاسم الماء أنه كما ينطلق على ماء البحر

ينطلق على قطرة منه، وقطرة من خل من جملة دن من خل أنه يسمى خلاً حقيقة، فإذا صامَ ساعة فقد وجد منه فعل الصوم الذي منع نفسه منه فيحنث، وبخلاف ما لو حلف لا يصلي صلاةً أنه لا يحنث حتى يصلي ركعتين، لأنه لما ذكر الصلاة فقد جعل شرط الحنث ما هو صلاة شرعاً، وأقل ما اعتبره الشرع من الصلاة ركعتان بخلاف الفصل الأول، لأن ثمة شرط الحنث هناك فعل الصلاة، وفعل الصلاة يوجد بوجود هذه الأفعال. وما يوجد بعد ذلك إلى تمام ما يصير عبادة معهودة معتبرة شرعاً تكرار لهذه الأفعال فلا تقف تسمية فعل الصلاة على وجوده، وقد وجد ذلك كله في آية واحدة من كتاب الله عز وجل، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾[1] وأراد به الركعتين جميعاً لأنه ورد في صلاة السفر.

ثم قال: ﴿وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ﴾[2] وأراد به ركعة واحدة لأن الطائفة الثانية لا يصلون إلا ركعة واحدة.

ولو حلف لا يصوم يوماً لا يحنث حتى يصومَ يوماً تاماً، لأنه جعلَ شرط الحنث صوماً مقدراً باليوم، لأنه جعل كل اليوم ظرفاً له، ولا يكون كل اليوم ظرفاً له إلا باستيعاب الصوم جميع اليوم.

وكذا لو حلف لا يصوم صوماً، لأنه ذكر المصدر وهو الصوم، والصوم اسم لعبادة مقدرة باليوم شرعاً فيصرف إلى المعهود المعتبر في الشرع، بخلاف ما إذا حلف لا يصوم، لأنه جعل فعل الصوم شرطاً، وبصوم ساعة واحدة وجد فعل الصوم.

ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث حتى يتشهد بعد الأربع، لأن الظهرَ أربع ركعات، فما لم توجد الأربع لا توجد الظهر فلا يحنث. ولو قال عبده حر إن أدرك الظهر مع الإمام فأدركه في التشهد ودخل معه حنث، لأن إدراك الشيء لحوق آخره، يقال أدرك فلان زمن النبي ﷺ ويراد به لحوق آخره.

ورُوِيَ عن معاذ بن جبل رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَدْرَكَ الإِمَامَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فِي التَّشَهُّدِ فَقَدْ أَدْرَكَ الجُمُعَةَ**»[3] وروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه انتهى يوماً إلى الإمام فأدركه في التشهد، فقال الله أكبر أدركنا معه الصلاة.

ولو حلف لا يصلي الجمعة مع الإمام فأدرك معه ركعة فصلاها معه ثم سلم الإمام وأتم هو الثانية لا يحنث لأنه لم يصل الجمعة مع الإمام إذ هي اسم للكل وهو ما صلى الكل مع الإمام. ولو افتتح الصلاة مع

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٠٢).

(٢) سورة النساء، الآية: (١٠٢).

(٣) أخرجه الدارقطني في «السنن» عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «**من أدرك ركعة من صلاة الجمعة وغيرها فليُضِفْ إليها أخرى وقد تمت صلاته**».

وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه هذا خطأ في المتن والإسناد وإنما هو عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً: «من أدرك من صلاة ركعة فقد أدركها» أما قوله من صلاة الجمعة فوهم.

وأخرجه النسائي في «السنن» كتاب المواقيت باب من أدرك ركعة من الصلاة (١/ ٢٧٤، ٢٧٥).

وأخرجه ابن ماجه في «السنن» عن ابن عمر أيضاً كتاب إقامة الصلاة والسنن فيها باب ما جاء فيمن أدرك من الجمعة ركعة وكذلك رواه عن أبي هريرة بإسنادٍ فيه عمر بن حبيب متفق على ضعفه (١/ ١١٢١ ـ ١١٢٣).

وقال الحافظ ابن حجر وإسناده صحيح لكن قوّى أبو حاتم إرساله. «سبل السلام» ٢/ حديث رقم (٤١٦).

الإمام ثم نام؛ أو أحدث فذهب وتوضأ فجاء وقد سلم الإمام فاتبعه في الصلاة حنث وإن لم يوجد أداء الصلاة مقارناً للإمام، لأن كلمةَ مع ههنا لا يراد بها حقيقةُ القران بل كونه تابعاً له مقتدياً به، ألا ترى أن أفعالَه وانتقالَه من ركن إلى ركن لو حصل على التعاقب دون المقارنة عرف مصلياً معه، كذا ههنا وقد وجد لبقائه مقتدياً به تابعاً له، ولو نوى حقيقة المقارنة صدق فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء، لأنه نوى حقيقة كلامه. ولو حلف لا يحج حجة أو قال لا أحج ولم يقل حجة لم يحنث حتى يطوفَ أكثر طواف الزيارة، لأن الحجةَ اسم لعبادة ركبت من أجناس أفعال كالصلاة من الوقوف بعرفة وطواف الزيارة، فما لم يوجد كل الطواف أو أكثره لا يوجد الحج، فإن جامعَ فيها لا يحنث لأن الحجَّ عبادة فيقع اليمين على الصحيح منه كالصلاة، ولو حلف لا يعتمر فأحرم وطاف أربعة أشواط حنث، لأن ركنَ العمرة هو الطواف وقد وجد، لأن للأكثر حكم الكل.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال إن تزوجت امرأةً بعد امرأة فهي طالق فتزوج واحدة ثم ثنتين في عقدة فإنه يقع الطلاق على إحدى الأخيرتين لأنه قد تزوج امرأة بعد امرأة، وإن كان معها غيرها فوقع الطلاق على إحداهما فكان له التعيين.

ولو تزوج امرأتين في عقدة ثم تزوج امرأة بعدهما طلقت الأخيرة، لأنه قد تزوج بها بعد امرأة، والأوليان كل واحدة منهما لا توصف بأنها بعد الأخرى فكانت الأخرى هي المستحقة للشرط.

ولو قال: إن تزوجت امرأةً فَهي طالق فتزوج صبية طلقت لأن غرضه بهذه اليمين هو الامتناع من النكاح فيتناول البالغة والصبية، فصار قوله: امرأة، كقوله: أنثى.

قال ابن سماعة عنه إن قال إن تزوجت امرأتين في عقدة فهما طالقتان فتزوج ثلاثاً في عقدة فإنه تطلق امرأتان من نسائه فوقع على ثنتين من الثلاث لأنه قد تزوج باثنتين وإن كان معهما ثالثة وليس إحداهنّ بالطلاق بأولى من الأخرى فيرجع إلى تعيينه.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في «نوادره» في رجل قال والله لا أزوج ابنتي الصغيرة فتزوجها رجل بغير أمره فأجاز قال هو حانث، لأن حقوقَ العقد لا تتعلق بالعاقد فتتعلق بالمجيز.

ولو حلف لا يزوج ابناً له كبيراً فأمر رجلاً فزوجه ثم بلغ الابنَ فأجاز أو زوجه رجل وأجاز الأب ورضي الابن لم يحنث، لأن حقوقَ العقد لما لم تتعلق بالعاقد تعلقت بالمجيز فنسب العقد إليه.

وقال هشام عن محمد في «نوادره» في رجل حلف بطلاق امرأته ثلاثاً لا يزوج بنتاً له صغيرة فزوجها رجل من أهله أو غريب والأب حاضر ذلك المجلس حين زوجت إلا أنه ساكت حتى قال الذي زوج للذي خطب قد زوجتكها، وقال الآخر قد قبلت والأب ساكت ثم قال بعدما وقعت عقدة النكاح وهو في ذلك المجلس قد أجزت النكاح، فزعم محمد أنه لا يحنث، لأن الذي زوج غيره وإنما أجازه هو، وكذلك إذا حلف على أمته لأنه حلف على التزويج، والإجازة تسمى نكاحاً وتزويجاً فقد فعل ما لم يتناوله الاسم فلا يحنث.

وقال ابن سماعة عن محمد في «نوادره» في رجل تزوج امرأة بغير أمرها زوجه وليها ثم حلف المتزوج

أن لا يتزوجها أبداً ثم بلغها فرضيت بالنكاح أو كان رجل زوجها منه وهو لا يعلم ثم حلف بعد ذلك أنه لا يتزوجها ثم بلغه النكاح فأجاز لم يحنث في واحد من الوجهين، لأنه لم يتزوج بعد يمينه إنما أجاز نكاحاً قبل يمينه أو أجازته المرأة.

قال ابن سماعة عن محمد لو قال لا أتزوج فلانة بالكوفة فزوجها أبوها إياه بالكوفة ثم أجازت ببغداد كان حانثاً، وإنما أجاز الساعة بإجازتها النكاح الذي كان بالكوفة، وكذلك قال في «الجامع» لما ذكرنا أن الإجازة ليست بنكاح لأن النكاح هو الإيجاب والقبول، فعند انضمام الإجازة إليهما كان النكاح حاصلاً بالكوفة فوجد شرط الحنث فيحنث.

وقال ابن سماعة عن محمد في رجل قال: إن تزوجت فلانةً فهي طالق فصار معتوهاً فزوجه إياها أبوه قال هو حانث، لأن حقوق العقد في النكاح ترجع إلى المعقود له فكان هو المتزوج فحنث.

قال المعلّى: سألت محمداً عن امرأة حلفت لا تزوج نفسها من فلان فزوجها منه رجل بأمرها فهي حانثة، وكذلك لو زوجها رجل فرضيت، وكذلك لو كانت بكراً فزوجها أبوها فسكتت لأن العقد لما جاز برضاها وحقوقه تتعلق بها فصار كأنها عقدت بنفسها، وهذه الرواية تخالف ما ذكرنا من رواية هشام، وكذلك لو حلف لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يشتري ويبيع أنه إن سكت كان حانثاً في يمينه، لأن السكوتَ إذنٌ منه فكأنه أذن منه له بالنطق.

وروى بشر بن الوليد وعلي بن الجعد عن أبي يوسف: أنه لا يحنث، لأن السكوتَ ليس بإذن وإنما هو إسقاط حقه عن المنع من تصرف العبد ثم العبد يتصرف بمالكية نفسه بعد زوال الحجر، فإن حلفَ لا يسلم لفلان شفعة فبلغه أنه اشترى داراً هو شفيعها فسكت لا يحنث، لأن الساكتَ ليس بمسلِّم وإنما هو مسقِطٌ حقَّه بالإعراض عن الطلب.

قال عمرو عن محمد في رجل حلف لا يزوج عبده فتزوج العبد بنفسه ثم أجاز المولى يحنث.

ولو حلف الأب لا يزوج ابنته فزوجها عمها وأجاز الأب لم يحنث، لأن غرض المولى باليمين أن لا تتعلق برقبة عبده حقوق النكاح وقد علق بالإجازة وغرض الأب أن لا يفعل ما يسمى نكاحاً والإجازة ليست بنكاح.

وقال علي وبشر عن أبي يوسف: لو حلف لا يؤخر عن فلان حقه شهراً وسكت عن تقاضيه حتى مضى الشهر لم يحنث، وهذا قول أبي حنيفة لأن التأخير هو التأجيل وترك التقاضي ليس بتأجيل قال: ولو أن امرأة حلفت لا تأذن في تزويجها وهي بكر فزوجها أبوها فسكتت فإنها لا تحنث والنكاح لها لازم، لأن السكوت ليس بإذن حقيقة وإنما أقيم مقام الأذن بالسنة.

وروى بشر عن أبي يوسف: إذا حلف لا يبيع ثوبه إلا بعشرة دراهم فباعه بخمسة ودينار حنث، لأنه منع نفسه عن كل بيع واستثنى بيعه بصفة وهو أن يكون بعشرة ولم يوجد فبقي تحت المستثنى منه فإن باعه بعشرة دنانير لم يحنث، لأنه باعه بعشرة وبغيرها والعشرة مستثنى.

وروى هشام عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا أبيعك هذا الثوب بعشرة حتى تزيدني فباعه بتسعة لا يحنث في القياس، وفي الاستحسان يحنث وبالقياس آخذ.

وجه القياس: أن شرطَ حنثه البيع بعشرة وما باع بعشرة بل بتسعة.

وجه الاستحسان: أن المراد من مثل هذا الكلام في العرف أن لا يبيعه إلا بالأكثر من عشرة وقد باعه لا بأكثر من عشر فيحنث.

وقال المعلى عن محمد: إذا حلف لا يبيع هذا الثوب بعشرة إلا بزيادة قال: إن باعه بأقل من عشرة أو بعشرة فإنه حانث وهذا بمنزلة قوله لا أبيعه إلا بزيادة على عشرة لأنه منع نفسه من كل بيع واستثنى بيعاً واحداً وهو الذي يزيد ثمنه على عشرة أن معنى قوله: لا أبيع هذا الثوب بعشرة إلا بزيادة أي لا أبيعه إلا بزيادة على العشرة ليصح الاستثناء وما باعه بزيادة على عشرة فيحنث.

ولو قال: حتى أزداد فباعه بعشرة حنث، وإن باعه بأقل أو أكثر لم يحنث لأنه حلف على بيع بصفة وهو أن يكون بعشرة، فإذا باع بتسعة لم يوجد البيع المحلوف عليه، ولو قال عبده حر إن اشتراه باثني عشر فاشتراه بثلاثة عشر ديناراً حنث، لأنه اشتراه بما حلف عليه وإن كان معه زيادة.

ولو قال: أول عبد أشتريه فهو حر أو آخر عبد أو أوسط عبد فالأول اسم لفرد سابق، والآخر من المحدثات اسم لفرد لاحق، والأوسط اسم لفرد اكتنفته حاشيتان متساويتان، إذا عرف هذا فنقول إذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً واحداً بعد يمينه عتق، لأنه أول عبد اشتراه لكونه فرداً لم يتقدمه غيره في الشراء، فإن اشترى عبداً ونصف عبد عتق العبد الكامل لا غير، لأن نصف العبد لا يسمى عبداً فصار كما لو اشترى عبداً وثوباً بخلاف ما إذا قال أول كر أشتريه صدقة فاشترى كراً ونصفاً لم يتصدق بشيء، لأن الكر ليس بأول بدليل أنا لو عزلنا كراً فالنصف الباقي مع نصف المعزول يسمى كراً فلم يكن هذا أول كر اشتراه، فإن كان أول ما اشترى عبدين لم يعتق واحد منهما ولا يعتق ما اشترى بعدهما أيضاً لانعدام معنى الانفراد فيهما ولانعدام معنى السبق فيما بعدهما.

ولو قال: آخر عبد أشتريه فهو حر فهذا على أن يشتري عبداً واحداً بعد غيره أو بموت المولى لأن عنده يعلم أنه آخر لجواز أن يشتري غيره ما دام حياً.

واختلف في وقت عتقه فعلى قول أبي حنيفة يعتق يوم اشتراه حتى يعتق من جميع المال، وعلى قولهما يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق من الثلث وسنذكر هذه المسائل في كتاب العتاق.

ولو قال أوسط عبد أشتريه فهو حر فكل فرد له حاشيتان متساويتان فيما قبله وفيما بعده فهو أوسط، ولا يكون الأول ولا الآخر وسطاً أبداً، ولا يكون الوسط إلا في وتر ولا يكون في شفع، فإذا اشترى عبداً ثم عبداً ثم عبداً فالثاني هو الأوسط، فإن اشترى رابعاً خرج الثاني من أن يكون أوسط، فإن اشترى خامساً صار الثالث هو الأوسط، فإن اشترى سادساً خرج من أن يكون أوسط وعلى هذا كلما صار العدد شفعاً فلا وسط له وكل من حصل في النصف الأول خرج من أن يكون وسطاً.

فصل: وأما الحلف على أمور متفرقة إذا قال إن كانت هذه الجملة حنطة فامرأته طالق ثلاثاً، فإذا هي حنطة وتمر لم يحنث، لأنه جعل شرطَ حنثه كونَ الجملة حنطة، والجملة ليست بحنطة فلم يوجد الشرط.

ولو قال: إن كانت هذه الجملة إلا حنطة فامرأته طالق ثلاثاً فكانت تمراً وحنطة يحنث في قول أبـي يوسف، ولا يحنث عند محمد، وإن كانت الجملة كلها حنطة لا يحنث بلا خلاف، وأبو يوسف يقول: إن معنى هذا الكلام إن كان في هذه الجملة غير حنطة فامرأته كذا، وقد تبين أن في تلك الجملة غير حنطة فوجد شرط الحنث فيحنث ومحمد يقول إن المستثنى لا يعتبر وجوده لأنه ليس بداخل تحت اليمين إنما الداخل تحتها المستثنى منه فيعتبر وجوده لا وجود المستثنى، وإذا لم يعتبر وجوده لا يعلم المستثنى منه أنه وجد أم لا، فلا يحنث ونظير هذا ما قال في الجامع إن كان لي إلا عشرة دراهم فامرأته طالق فكان له أقل من عشرة دراهم لم يحنث، لأن العشرة مستثناة فلا يعتبر وجودها.

وروي عن أبـي يوسف رواية أخرى أنه إن كان الحلف بطلاق أو عتاق أو حج أو عمرة أو قال لله عليّ كذا يحنث، وإن كان بالله تعالى لم يلزمه الكذب فيها ولا كفارة عليه، لأن هذا حلف على أمر موجود، فإن كان بطلاق أو عتاق أو نذر لزمه، وإن كان بالله لم تنعقد يمينه، وكذلك لو قال إن كانت الجملة سوى الحنطة أو غير الحنطة فهو مثل قوله: إلا حنطة، لأن غير وسوى من ألفاظ الاستثناء.

وروى بشر عن أبـي يوسف فيمن قال: والله ما دخلت هذه الدار ثم قال: عبده حر إن لم يكن دخلها، فإن عبده لا يعتق ولا كفارة عليه في اليمين بالله تعالى، وهو قول محمد، ثم رجع أبو يوسف.

أما عدم وجوب الكفارة في اليمين بالله تعالى فلأنه إن كان صادقاً في قوله: والله ما دخلت هذه الدار فلا كفارة عليه، وإن كان كاذباً وهو عالم فلا كفارةَ عليه أيضاً لأنها يمين غموس، وإن كان جاهلاً فهو يمين اللغو فلا كفارةَ فيها، وأما عدم عتق عبده فلأن الحنث في اليمين الأولى ليس مما يحكم به الحاكم حتى يصير الحكم به إكذاباً للثانية، لأنها يمين بالله تعالى وأنها لا تدخل تحت حكم الحاكم فلم يصر مكذباً في اليمين الثانية باليمين الأولى في الحكم فلا يعتق العبد، فإن كانت اليمين الأولى بعتق أو طلاق حنث في اليمينين جميعاً في قول محمد وهو قول أبـي يوسف الأول، ثم رجع فقال إذا قال بعدما حلف بالأولى أوهمت أو نسيت أو حلف بطلاق آخر أو عتاق أنه دخلها لزمه الأول ولم يلزمه الآخر.

وجه قوله الأول: أنه أكذب نفسه في كل واحدة من اليمينين بالأخرى واعترف بوقوع ما حلف عليه فيحنث.

وجه قول الآخر: أنه أكذب نفسه في اليمين الأولى بالآخرة ولم يكذب نفسه في اليمين الثانية بعدما عقدها والإكذاب قبل عقدها لا يتعلق به حكم فلم يحنث فيها، فإن رجع فحلف ثالثاً لم يعتق الثالث وعتق الثاني لأنه أكذب نفسه في اليمين بعدما حلف عليه والله عز وجل أعلم.

وإذا تزوج الرجل أمة فقال لها إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين فمات المولى وهو وارثه لا وارث له غيره طلقت اثنتين وحرمت عليه عند أبـي يوسف، وقال محمد لا تطلق ولا تحرم عليه.

ولو قال الزوج: إذا مات مولاك فأنت حرة فمات وهو وارثه لم تعتق في قولهما وتعتق عند زفر، والكلام في هذه المسائل يرجع إلى معرفة أوان ثبوت الملك للوارث، فزفر يقول وقت ثبوت الملك للوارث عقيب موت المورث بلا فصل فكما مات ثبت الملك للوارث فقد أضاف العتق إلى حال الملك فتصح إضافته إليه ولم تصح إضافة الطلاق، لأن حال الملك حال زوال النكاح فلم تصح كما إذا قال لها إذا ملكتك فأنت طالق، وأبو يوسف يقول: إن الملك للوارث يثبت له عقيب زوال ملك المورث فيزول ملك الميت عقيب الموت أولاً ثم يثبت للوارث والطلاق والعتاق مضافان إلى ما بعد الموت بلا فصل، فإذا لم يكن ذلك زمان ثبوت الملك للوارث لم تصح إضافة العتق إليه إذ العتق لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك وصحة إضافة الطلاق لانعدام الإضافة إلى حالة زوال النكاح فصحت الإضافة ووقع الطلاق وحرمت عليه، ومحمد يقول القياس ما قال زفر أن الملك للوارث له يثبت عقيب الموت بلا فصل فقد أضاف الطلاق إلى زمان بطلان النكاح فلم يصح، وكان ينبغي أن تصح إضافة العتق إليه إلا أني استحسنت أن لا تصح، لأن الإعتاق إزالة الملك والإزالة تستدعي تقدم الثبوت والعتق مع الملك لا يجتمعان في محل واحد في زمان واحد.

ولو قال: إذا مات مولاك فملكتك فأنت حرة فمات المولى والزوج وارثه عتقت، لأنه أضاف العتق إلى الملك، ولو قال إذا مات مولاك فملكتك فأنت طالق لم يقع الطلاق في قولهم، لأنه إذا ملكها فقد زال النكاح فلا يتصور الطلاق، ولو قال رجل لأمته إذا مات فلان فأنت حرة ثم باعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها إذا مات مولاك فأنت طالق ثنتين ثم مات المولى وهو وارثه قال أبو يوسف يقع الطلاق ولا يقع العتاق، وقال محمد: لا يقعان جميعاً، وقال زفر: يقع العتاق ولا يقع الطلاق، أما وقوع الطلاق على قول أبي يوسف وعدم الوقوع على مذهب محمد، وعدم ثبوت العتق على قولهما فلما ذكرنا، وزفر يقول وجد عقد اليمين في ملكه والشرط في ملكه فما بين ذلك لا يعتبر كمن قال لأمته إن دخلت الدار فأنت حرة ثم باعها واشتراها فدخلت الدار والله عز وجل أعلم.

كتاب الطلاق

قال الشيخ رحمه الله: الكلام في هذا الكتاب في «الأصل» يقع في خمسة مواضع في بيان صفة الطلاق، وفي بيان قدره وفي بيان ركنه؛ وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكمه.

أما الأول: فالطلاق بحق الصفة نوعان: طلاق سنة، وطلاق بدعة، وإن شئت قلت طلاق مسنون وطلاق مكروه.

أما طلاق السنة فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في تفسير طلاق السنة أنه ما هو.

والثاني: في بيان الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة.

أما الأول: فطلاق السنة نوعان: نوع يرجع إلى الوقت، ونوع يرجع إلى العدد وكل واحد منهما نوعان: حسن وأحسن، ولا يمكن معرفة كل واحد منهما إلا بعد معرفة أصناف النساء وهن في «الأصل» على صنفين حرائر وإماء، وكل صنف على صنفين: حائلات وحاملات، والحائلات على صنفين ذوات الأقراء وذوات الأشهر، إذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق: أحسن الطلاق في ذوات القرء أن يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق ولا في حيضة طلاق ولا جماع ويتركها حتى تنقضي عدتها ثلاث حيضات إن كانت حرة، وإن كانت أمة حيضتان.

و «الأصل» فيه ما روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال: «**كانَ أصحابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يستحسنونَ أن لا يُطلقوا للسنة إلا واحدةً ثُمَّ لا يطلقوا غير ذلك حَتّى تنقضي العِدَّةُ**»[1].

وفي رواية أخرى قال في الحكاية عنهم، وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل ثلاثة في ثلاثة أطهار. وهذا نص في الباب ومثله لا يكذب، ولأن الكراهة لمكان احتمال الندم، والطلاق في طهرٍ لا جماع فيه دليل على عدم الندم، لأن الطهر الذي لا جماع فيه زمان كمال الرغبة، والفحل لا يطلق امرأته في زمان كمال الرغبة إلا لشدة حاجته إلى الطلاق، فالظاهر أنه لا يلحقه الندم فكان طلاقه لحاجة فكان/ مسنوناً، ولو [ب/٥٩/ج] لحقه الندم فهو أقرب إلى التدارك من الثلاث في ثلاثة أطهار فكان أحسن وإنما شرطنا أن يكون في طهر لا طلاق فيه لأن الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين في طهر واحد مكروه عندنا، وإنما شرطنا أن لا يكون

---

(١) أخرج معناه عبد الرزاق في المصنف عن إبراهيم النخعي: «إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته فليطلقها حين تطهر من حيضها تطليقة من غير جماع ثم يتركها حتى تنقضي عدتها، فإذا فعل ذلك فقد طلق كما أمره الله وكان خاطباً من الخطّاب...» «المصنف» (١٠٩١٢).

في حيضة جماع ولا طلاق، لأنه إذا جامعها في حيض هذا الطهر احتمل أنه وقع الجماع معلقاً فيظهر الحبل نيندم على صنيعه فيظهر أنه طلق لا لحاجة وإذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق في الطهر الذي بعده، لأن تلك الحيضة لا يعتد بها، ولو طلقها في الطهر يكره له أن يطلقها أخرى فيه، فكذا إذا طلقها في الحيض ثم طهرت.

وأما في الحامل إذا استبان حملها فالأحسن أن يطلقها واحدة رجعية، وإن كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع، لأن الكراهة في ذوات القرء لاحتمال الندامة لا لاحتمال الحبل فمتى طلقها مع علمه بالحبل، فالظاهر أنه لا يندم، وكذلك في ذوات الشهر من الآيسة والصغيرة الأحسن أن يطلقها واحدة رجعية وإن كان عقيب طهر جامعها فيه، وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر يفصل بين طلاق الآيسة والصغيرة وبين جماعهما بشهر.

وجه قوله: أن الشهر في حق الآيسة والصغيرة أقيم مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل في طلاق السنة بين الوطء وبين الطلاق بحيضة، فكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين التطليقتين.

ولنا: أن كراهة الطلاق في الطهر الذي وجد الجماع فيه في ذوات الأقراء لاحتمال أن تحبل بالجماع فيندم وهذا المعنى لا يوجد في الآيسة والصغيرة وإن وجد الجماع ولأن الإياس والصغر في الدلالة على براءة الرحم فوق الحيضة في ذوات الأقراء فلما جاز الإيقاع ثمة عقيب الحيضة فلأن يجوز هنا عقيب الجماع أولى.

وأما الحسن في الحرة التي هي ذات القرء أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا جماع فيها بأن يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه ثم إذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى، ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، وإن كانت أمة طلقها واحدة ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وهذا قول عامة العلماء، وقال مالك لا أعرف طلاق السنة إلا أن يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها.

وجه قوله: أن الطلاق المسنون هو الطلاق لحاجة والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث تطليقاً من غير حاجة فيكره، لهذا أكره الجمع كذا التفريق إذ كل ذلك طلاق من غير حاجة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] أي ثلاثاً في ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله ﷺ فإنه روى أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته حالة الحيض فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «أَخْطأتَ السّنّة مَا هَكَذَا أَمَرَكَ رَبّكَ: إِنّ مِنَ السّنّة أَنْ تَسْتَقْبل الطهْر اسْتِقْبَالاً فَتُطَلّقها لِكُلّ طُهْرٍ تَطْلِيْقَة فَتِلْكَ العِدّة التي أَمَرَ اللّهُ تَعَالَى أَنْ يُطلق لَهَا النِّسَاء»[2]، فسر رسول الله ﷺ الطلاق للعدة بالثلاث في ثلاثة أطهار

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).
(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٦، ٦٤، ١٢٤).
والبخاري في «صحيحه» كتاب الطلاق باب ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ في العدة.
ومسلم في «صحيحه» كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها.

والله عز وجل أمر به وأدنى درجات الأمر للندب والمندوب إليه يكون حسناً ولأن رسول الله ﷺ نص على كونه سنة حيث قال: إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل طهر تطليقة.

والدليل عليه ما روي عن إبراهيم النخعي في حكايته عن الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في ثلاثة أطهار، وإذا كان ذلك أحسن من هذا كان هذا حسناً في نفسه ضرورة، وأما قوله: إن الثانية والثالثة تطليق من غير حاجة فممنوع فإن الإنسان قد يحتاج إلى حسم باب نكاح امرأته على نفسه لما ظهر له أن نكاحها ليس بسبب المصلحة له دنيا وديناً، لكن يميل قلبه إليها لحسن ظاهرها فيحتاج إلى الحسم على وجه ينسد باب الوصول إليها ولا يلحقه الندم ولا يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة، لأنها تعقب الندم عسى ولا يمكنه التدارك فيقع في الزنا فيحتاج إلى إيقاع الثلاث في ثلاثة أطهار فيطلقها تطليقة رجعية في طهر لا جماع فيه ويجرب نفسه أن هل يمكنه الصبر عنها، فإن لم يمكنه راجعها، وإن أمكنه طلقها تطليقة أخرى في الطهر الثاني، ويجرب نفسه ثم يطلقها ثالثةً في الطهر الثالث/ فينحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهراً أو غالباً فكان إيقاع الثانية والثالثة في الطهر [أ/٦٠/ج] الثاني والثالث طلاقاً/ لحاجة فكان مسنوناً على أن الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها أمراً باطناً لا يوقف عليه إلا بدليل فيقام الطهر الخالي عن الجماع مقام الحاجة إلى الطلاق فكان تكرار الطهر دليل تجدد الحاجة فيبنى الحكم عليه ثم إذا وقع عليها ثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان إن كانت حرة، لأن العدة بالحيض عندنا وبقيت حيضة واحدة، فإذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وإن كانت أمة فإن وقع عليها تطليقتان في طهرين فقد مضت من عدتها حيضة وبقيت حيضة واحدة، فإذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها، وإن كانت من ذوات الأشهر طلقها واحدة رجعية، وإذا مضى شهر طلقها أخرى، ثم إذا مضى شهر طلقها أخرى، ثم إذا كانت حرة فوقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها شهران وبقي شهر واحد من عدتها، فإذا مضى شهر آخر فقد انقضت عدتها.

وإن كانت أمة ووقع عليها تطليقتان في شهر وبقي من عدتها نصف شهر، فإذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها، وإن كانت حاملاً فكذلك في قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف يطلقها ثلاثاً للسنة ويفصل بين كل طلاقيها بشهر، وقال محمد لا يطلق الحامل للسنة إلا طلقةً واحدة، وهو قول زفر.

وذكر محمد رحمه الله في «الأصل» بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم ولا خلاف في أن الممتدَ طهرها لا تطلق للسنة إلا واحدة.

وجه قول محمد وزفر: أن إباحة التفريق في الشرع متعلقة بتجدد فصول العدة لأن كل قرء في ذوات الأقراء فصل من فصول العدة وكل شهر في الآيسة والصغيرة فصل من فصول العدة ومدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبراء به في حق الحامل فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يفصل بالشهر، ولهذا لم يفصل في الممتد طهرها بالشهر كذا ههنا.

ولأبـي حنيفة وأبـي يوسف قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1] شرع

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

الثلاث متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائل، أما شرعية طلقة وطلقة، فبقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[١] لأن معناه دفعتان على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وشرعية الطلقة الثالثة بقوله عز وجل: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٢] أو بقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٣] من غير فصل، ولأن الحامل ليست من ذوات الأقراء فيفصل بين طلاقيها بشهر كالآيسة والصغيرة، والجامع أن الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان تجدد الرغبة في العادة فيكون زمان تجدد الحاجة، وهذا المعنى موجود في الحامل فيفصل، فأما كون الشهر فصلاً من فصول العدة فلا أثر له فكان من أوصاف الوجود لا من أوصاف التأثير إنما المؤثر ما ذكرنا فينبني الحكم عليه وما ذكر محمد رحمه الله في «الأصل» لا حجة له فيه، لأن لفظ الحديث أفضل طلاق الحامل أن يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تضع حملها، وبه نقول إن ذلك أفضل ولا كلام فيه.

وأما الممتد طهرها فإنما لا تطلق للسنة إلا واحدة، لأنها من ذوات الأقراء لأنها قد رأت الدم وهي شابة لم تدخل في حد الإياس إلا أنه امتد طهرها لداء فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي أحكام ذوات الأقراء فيها ولا تطلق ذوات الأقراء في طهر لا جماع فيه للسنة إلا واحدة والله عز وجل أعلم.

ولو طلق امرأته تطليقة واحدة في طهر لا جماع فيه ثم راجعها بالقول في ذلك الطهر فله أن يطلقها في ذلك الطهر في قول أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: لا يطلق في ذلك الطهر للسنة، وهو قول الحسن بن زياد، وقول محمد مضطرب، ذكره أبو جعفر الطحاوي مع قول أبي حنيفة، وذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبي يوسف، ولو أبانها في طهر لم يجامعها ثم تزوجها فله أن يطلقها في ذلك الطهر بالإجماع.

وجه قول أبي يوسف: أن الطهر طهر واحد والجمع بين طلاقين في طهر واحد لا يكون سنة كما قبل الرجعة.

ولأبي حنيفة أنه لما راجعها فقد أبطل حكم الطلاق وجعل الطلاق كأنه لم يكن في حق الحكم، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فكان له أن يطلقها أخرى كما إذا أبانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها.

وعلى هذا الخلاف إذا راجعها بالقبلة أو باللمس عن شهوة أو بالنظر إلى فرجها عن شهوة.

وعلى هذا/ الخلاف إذا أمسك الرجل امرأته بشهوة فقال لها في حال الملامسة بشهوة بأن كان أخذ [ب/٦٠/ج] بيدها لشهوة أنت طالق ثلاثاً للسنة وذلك في طهر لم يجامعها فيه أنه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنة في قول أبي حنيفة رحمه الله فتقع التطليقة الأولى ويصير مراجعاً لها بالإمساك عن شهوة ثم تقع الأخرى ويصير مراجعاً بالإمساك ثم تقع الثالثة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

وعند أبي يوسف: لا يقع عليها للسنة إلا واحدة والطلاقان الباقيان إنما يقعان في الطهرين الباقين وهذا إذا راجعها بالقول أو بفعل المسّ عن شهوة، فأما إذا راجعها بالجماع بأن طلقها في طهر لا جماع فيه ثم جامعها حتى صار مراجعاً لها ثم إذا أراد أن يطلقها في ذلك الطهر ليس له ذلك بالإجماع، لأن حكمَ الطلاق قد بطل بالمراجعة فبقي ذلك الطهر طهراً مبتدأ جامعها فيه فلا يجوز له أن يطلقها فيه. هذا إذا راجعها بالجماع فلم تحمل منه، فإن حملت منه فله أن يطلقها أخرى في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر.

وعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها حتى يمضي شهر من التطليقة الأولى، أبو يوسف يقول: هذا طهر واحد فلا يجمع فيه بين طلاقين كما في المسألة الأولى وهم يقولون إن الرجعة أبطلت حكم الطلاق وألحقته بالعدم وكراهة الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه لمكان الندم لاحتمال الحمل، فإذا طلقها مع العلم بالحمل لا يندم كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر، ولكنه جامعها فيه فحملت كان له أن يطلقها لما قلنا كذا هذا.

ولو طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله أن يطلقها أخرى في قولهم جميعاً، لأنها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر، لأن الشهرَ في حقها بدل من الحيض ولا حكم للبدل مع وجود المبدل، وأما إذا طلق امرأته وهي من ذوات الأقراء ثم أيست فله أن يطلقها أخرى حتى تيأسَ في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يطلقها حتى يمضي شهر.

وجه قوله: أن هذا طهر واحد فلا يحتمل طلاقين، ولأبي حنيفة أن حكم الحيض قد بطل باليأس وانتقل حالها من العدة بالحيض إلى العدة بالأشهر وذلك يفصل بين التطليقتين كالانتقال من الشهور إلى الحيض في حق الصغيرة، وهذا التفريع إنما يتصور على الرواية التي قدرت للإياس حداً معلوماً خمسين سنةً أو ستين سنة، فإذا تمت هذه المدة بعد التطليقة جاز له أن يطلقها أخرى عند أبي حنيفة لما ذكرنا، فأما على الرواية التي لم تقدر للإياس مدة معلومة، وإنما علقته بالعادة فلا يتصور هذا التفريع.

ولو طلق امرأته في حال الحيض ثم راجعها ثم أراد طلاقها، ذكر في «**الأصل**» أنها إذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها إن شاء.

وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة.

وذكر الكرخي أن ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكره في «**الأصل**» قول أبي يوسف ومحمد.

وجه ما ذكر في «**الأصل**» «**ما رُوِيَ أن النَّبِي ﷺ قَالَ لِعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا طَلَّقَ ابْنه عَبْدُ اللَّهِ امرأتَه في حَالة الحيْض: مُرِ ابنكَ فَلْيُرَاجِعْهَا ثم يَدَعْهَا إِلَى أَنْ تَحِيْضَ فَتَطْهُرَ ثُمّ تَحِيْضَ فَتَطْهُرَ ثُمّ لِيُطلِقْهَا إِنْ شَاءَ طَاهِراً مِنْ غَيْرِ جمَاْع**»[1] أمره ﷺ بترك الطلاق إلى غاية الطهر الثاني، فدل أن وقت طلاق السنة هو الطهر الثاني دون الأول، ولأن الحيضة التي طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان إيقاع الطلاق فيها كإيقاع الطلاق في الطهر الذي يليها، ولو طلق في الطهر الذي يليها لم يكن له أن يطلق فيه آخر كذا هذا.

---

(١) تقدم تخريجه.

وجه ما ذكر الطحاوي: أن هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له أن يطلقها فيه كالطهر الثاني.

وأما الحديث فقد روينا أن النبي ﷺ قال لعبد الله بن عمر: «أخطأت السُّنَّة ما هكذا أمركَ اللَّهُ تعَالى إنَّ مِنَ السُّنَةِ أنْ تستقبل الطُّهر استقبالاً فتطلقها لكلِ طُهْرٍ تَطليقة»[1] جعل ﷺ الطلاق في كل طهر طلاقاً على وجه السنة والطهر الذي يلي الحيضة طهر فكان الإيقاع فيه إيقاعاً على وجه السنة فيجمع بين الروايتين فتحمل تلك الرواية على الأحسن، لأنه ﷺ أمر بالتطليقة الواحدة في طهر واحد لا جماع فيه، وهذا أحسن الطلاق، وهذه الرواية على الحسن، لأنه أمره بالثلاث في ثلاثة أطهار جمعاً بين الروايتين عملاً بهما جمعاً بقدر الإمكان.

فصل: وأما بيان الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة فالألفاظ التي يقع بها طلاق السنة نوعان نص ودلالة.

أما النص فنحو أن يقول: أنت طالق/ للسنة، وجملته أن الرجل إذا قال لامرأته وهي مدخول بها أنت [أ/٦١/ج] طالق للسنة ولا نية له، فإن كانت من ذوات الأقراء وقعت تطليقة للحال إن كانت طاهراً من غير جماع، وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه لم تقع الساعة، فإذا حاضت وطهرت وقعت بها تطليقة واحدة لأن قوله: أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة بالسنة المعرفة باللام، لأن اللام الأولى للاختصاص فيقتضي أن تكون التطليقة مختصة بالسنة فإذا أدخل لام التعريف في السنة فيقتضي استغراق السنة، وهذا يوجب تمحضها سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة أو تنصرف إلى السنة المتعارفة فيما بين الناس.

والسنة المتعارفة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشوبها معنى البدعة وليس ذلك إلا الواقع في طهر لاجماع فيه، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف نوعان: حسن وأحسن، فالأحسن أن يطلقها واحدة في طهر لاجماع فيه، والحسن أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، فإذا نوى الثلاثة فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته، كما لو قال أنت طالق ثلاثاً للسنة، وإن أراد واحدة بائنة لم تكن بائنة، لأن لفظة الطلاق لا تدل على البينونة، وكذا لفظ السنة بل تمنع ثبوت البينونة، لأن الإبانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية.

ويستحيل أن يثبت باللفظ ما يمنع ثبوته، وإن نوى الثنتين لم يكن ثنتين، لأنه عدد محض بخلافِ الثلاث، لأنه فرد من حيث إنه كل جنس الطلاق، ولو أراد بقوله طالق واحدة، وبقوله للسنة أخرى لم يقع، لأن قوله: للسنة ليس من ألفاظ الطلاق بدليل أنه لو قال لامرأته أنت للسنة ونوى الطلاق لا يقع.

ولو قال: أنت طالق ثنتين للسنة أو ثلاثاً للسنة وقع عند كل طهر لم يجامعها تطليقة لأنها هي التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة ونوى الوقوع للحال صحت نيته ويقع الثلاث من ساعة تكلم عند أصحابنا الثلاثة.

---

(١) تقدم تخريجه.

وقال زفر: لا تصح نيته وتتفرق على الأطهار وجه قوله أنه نوى ما لا يحتمله لفظهُ فتبطل نيته.

وبيان ذلك أن قوله أنت طالق ثلاثاً للسنة إيقاع التطليقات الثلاث في ثلاثة أطهار لأنها هي التطليقات المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف فصار كأنه قال أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أطهار، ولو نص على ذلك ونوى الوقوع للحال لم تصح نيته كذا هذا.

ولنا: أن الطلاق تصرف مشروع في ذاته وإنما الحظر والحرمة في غيره لما تبين فكان كل طلاق في أي وقت كان سنة فكان إيقاع الثلاث في الحال إيقاعاً على وجه السنة حقيقة إلا أن السنة عندَ الإطلاق تنصرف إلى ما لا يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام إياه للعرف والعادة، فإذا نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته، ولأن السنة نوعان: سنة إيقاع وسنة وقوع، لأن وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لما تبين، فإذا نوى الوقوعَ للحال فقد نوى أحد نوعي السنة فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت، وإن كانت آيسة أو صغيرة فقال لها أنت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة، وإن كان قد جامعها، وكذا إذا كانت حاملاً قد استبان حملها، وإن نوى الثلاث بقوله: للآيسة والصغيرة أنت طالق ثلاثاً للسنة يقع للحال واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى، وكذا في الحامل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وأما على قول محمد لا يقع إلا واحدة بناء على أن الحامل تطلق ثلاثاً للسنة عندهما، وعنده لا تطلق للسنة إلا واحدة.

ولو قال: أنت طالق تطليقة للسنة فهو مثل قوله أنت طالق للسنة، وكذلك إذا قال أنت طالق طلاق السنة.

وأما الدلالة فنحو أن يقول:أنت طالق طلاق العدة أو طلاق العدل أو طلاق الدين أو طلاق الإسلام أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب.

أما طلاق العدة فلأنه الطلاق في طهر لا جماع فيه لقوله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] وطلاق العدل هو المائل عن الباطل إلى الحق، لأن العدلَ عند الإطلاق ينصرف إليه، وإن كان الاسم في اللغة وضع دلالة على مطلق الميل كاسم الجور وعند الإطلاق ينصرف إلى الميل من الحق إلى الباطل، وإن وضع في اللغة دلالة على مطلق الميل، والطلاق المائل من الباطل إلى الحق هو طلاق السنة، وطلاق الدين والإسلام والقرآن والكتاب هو ما يقتضيه الدين والإسلام والقرآن والكتاب وهو طلاق السنة.

[ب/٦١/ج] وكذلك طلاق الحق هو ما يقتضيه الدين/ إلى الحق وذلك طلاق السنة. وكذلك قوله أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق أو أعدل الطلاق، لأنه أدخل ألف التفضيل وأضاف إلى الطلاق المعرف باللام الواقع على الحسن فيقضي وقوع طلاق له مزية على جميع أنواع الطلاق بالحسن والجمال والعدالة كما إذا قيل فلان أعلم الناس يوجب هذا مزية له على جميع طبقات الناس في العلم وهذا تفسير طلاق السنة.

ولو قال: أنت طالق تطليقة حسنةً أو جميلةً يقع للحال.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).

ولو قال: أنت طالق تطليقة عدلةً أو عدليةً أو عادلةً أو سنيةً يقع للسنة في قول أبـي يوسف، وسوى بينه وبين قوله أنت طالق للسنة، وفرق بينه وبين قوله أنت طالق تطليقةً حسنةً أو جميلةً.

ذكر محمد في «الجامع الكبير» أنه يقع للحال تطليقة رجعية سواء كانت حائضاً أو غير حائض، جامعها في طهرها أو لم يجامعها وسوى بينه وبين قوله أنت طالق تطليقةً حسنةً أو جميلة، وفرق بين هذا وبين قوله أنت طالق للسنة.

وجه قول محمد: أن قوله أنت طالق تطليقة سنية وصف التطليقة بكونها سنية والطلاق في أي وقت كان فهو سني، لأنه تصرّف مشروع وباقتران الفسخ به لا يخرج من أن يكون مشروعاً في ذاته، وهذا القدر يكفي لصحة الاتصاف بكونها سنية ولا يشترط الكمال، ألا يرى أنه لو قال لامرأته أنت بائن يقع تطليقة واحدة ولا ينصرف إلى الكمال وهو البينونة الحاصلة بالثلاث كذا ههنا.

ولهذا وقع الطلاق للحال في قوله حسنةً أو جميلةً، بخلاف قوله أنت طالق للسنة، لأن ذلك إيقاع تطليقة مختصة بالسنة، لأن اللام الأولى للاختصاص كما يقال هذا اللجام للفرس، وهذا الإكاف لهذه البغلة، وهذا القفل لهذا الباب واللام الثانية للتعريف، فإن كانت لتعريف الجنس وهو جنس السنة اقتضى صفة التمحض للسنة وهو أن لا يشوبها بدعة، وإن كانت لتعريف المعهود فالسنة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشوبه معنى البدعة وهو الطلاق في طهر لا جماع فيه.

وجه قول أبـي يوسف: أن هذا إيقاع طلاق موصوف بكونه سنياً مطلقاً فلا يقع إلا على صفة السنة المطلقة، والطلاق السني على الإطلاق لا يقع في غير وقت السنة؛ ولهذا يقع في وقت السنة في قوله أنت طالق للسنة كذا هذا.

وفرق أبو يوسف بين السنية وبين الحسنة والجميلة وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للطلاق يجعل صفة له كقوله سنية وعدلية وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للمرأة يجعل صفة لها كقوله: حسنة وجميلة، لأن المرأة مذكورة في اللفظ بقوله: أنت والتطليقة مذكورة أيضاً فيحمل على ما يغلب استعمال اللفظ فيه.

ولو قال لامرأته: وهي ممن تحيض أنت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة، لأن الحيضة التي يضاف إليها الطلاق هي أطهار العدة، وإن كانت ممن لا تحيض فقال لها أنت طالق للحيض لا يقع عليها شيء، لأنه أضاف الطلاق إلى ما ليس بموجود فصار كأنه علقه لشرط لم يوجد.

ولو قال لها وهي ممن لا تحيض أنت طالق للشهور يقع للحال واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى، لأن الشهور التي يضاف إليها الطلاق هي شهور العدة، وكذا الحامل على قياس قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف.

ولو نوى بشيء من الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة وهو الطلاق في الطهر الذي لا جماع فيه الوقوع للحال تصح نيته ويكون على ما عنى، لأنه نوى ما يحتمله كلامه، أما في لفظ الأحسن والأجمل والأعدل

فلأن ألف التفضيل قد تذكر ويراد به مطلق الصفة، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَهُوَ أَهْوَنُ عَلَيْهِ﴾[1] أي هين عليه إذ لا تفاوت للأشياء في قدرة الله تعالى، بل هي بالنسبة إلى قدرته سواء، وقد نوى ما يحتمله لفظه ولا تهمةَ في العدول عن هذا الظاهر لما فيه من التشديد على نفسه فكان مصدقاً، وكذا في سائر الألفاظ لما ذكرنا أن الطلاق تصرف مشروع في نفسه فكان إيقاعه سنة في كل وقت، أو لأن وقوعه عرف بالسنة على ما نذكر.

وذكر بشر عن أبي يوسف أن هذا النوع من الألفاظ أقسام ثلاثة:

[أ/٦٢/ج] قسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى/، وفي القضاء نوى أو لم ينو وقسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء إن نوى وإن لم ينو لا يكون للسنة ويقع الطلاق للحال.

وقسم منها ما يصدق فيه إذا قال نويت به طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى ويقع في أوقاتها ولا يصدق في القضاء بل يقع للحال.

أما القسم الأول: فهو أن يقول أنت طالق للعدة أو أنت طالق طلاق العدل أو طلاق الدين أو طلاق الإسلام، أو قال: أنت طالق طلاقاً عدلاً أو طلاق عدة أو طلاق سنة أو أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب، أو قال أنت طالق للسنة أو في السنة أو بالسنة أو مع السنة أو عند السنة أو على السنة.

وأما القسم الثاني: فهو أن يقول: أنت طالق في كتاب الله عز وجل أو بكتاب الله عز وجل أو مع كتاب الله عز وجل، لأن في كتاب الله عز وجل دليل وقوع الطلاق للسنة والبدعة، لأن فيه شرع الطلاق مطلقاً فكان الطلاق تصرفاً مشروعاً في نفسه فكان كلامه يحتمل الأمرين فوقف على نيته.

وأما القسم الثالث فهو أن يقول: أنت طالق على الكتاب أو الكتاب أو على قول القضاة أو على قول الفقهاء؛ أو قال أنت طالق طلاق القضاة أو طلاق الفقهاء، لأن القضاةَ والفقهاء يقولون من كتاب الله عز وجل، قال الله عز وجل: ﴿وَلَا رَطْبٍ وَلَا يَابِسٍ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ﴾[2] وفي كتاب الله عز وجل دليل الأمرين جميعاً لما بينا، فكان لفظة محتملاً للأمرين فيصدق فيما بينه وبين الله عز وجل ويقع في وقت السنة ولا يصدق في القضاء، لأنه خلاف الظاهر، والله عز وجل أعلم.

ولو كان الزوج غائباً فأراد أن يطلقها للسنة واحدة فإنه يكتب إليها إذا جاءك كتابي هذا، ثم حضت وطهرت فأنت طالق، وإن أراد أن يطلقها ثلاثاً يكتب إليها إذا جاءك كتابي هذا ثم حضت وطهرت فأنت طالق ثم إذا حضت وطهرت فأنت طالق ثم إذا حضت وطهرت فأنت طالق.

وذكر محمد في الرقيات أنه يكتب إليها إذا جاءك كتابي هذا فعلمت ما فيه ثم حضت وطهرت فأنت طالق وتلك الرواية أحوط والله عز وجل أعلم.

---

(١) سورة الروم، الآية: (٣٧).

(٢) سورة الأنعام، الآية: (٥٩).

فصل: وأما طلاق البدعة فالكلام فيه في ثلاثة مواضع: في تفسيره، وفي بيان الألفاظ التي يقع بها طلاق البدعة، وفي بيان حكمه.

أما الأول فطلاق البدعة نوعان أيضاً: نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى العدد، أما الذي يرجع إلى الوقت فنوعان أيضاً: أحدهما الطلقة الواحدة الرجعية في حالة الحيض إذا كانت مدخولاً بها سواء كانت حرة أو أمة، لما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال لعبد الله بن عمر حين طلق امرأته في حالة الحيض «أخطأت السُّنَّةَ»[1] ولأن فيه تطويل العدة عليها، لأن الحيضةَ التي صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها وذلك إضرار بها ولأن الطلاقَ للحاجة هو الطلاق في زمان كمال الرغبة، وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الإقدام عليه فيه دليل الحاجة إلى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنة بل يكون سفهاً إلا أن هذا المعنى يشكل بما قبل الدخول، فالصحيح هو المعنى الأول، وإذا طلقها في حالة الحيض، فالأفضل أن يراجعها لما روي: «أن ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حالة الحيض أمره النبي ﷺ أن يراجعها»[2]، ولأنه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة، فتبين منه بطلاق غير مكروه فكانت الرجعة أولى، ولو امتنع عن الرجعة لا يجبر عليها.

وذكر في العيون أن الأمة إذا أعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها وهي حائض وكذلك الصغيرة إذا أدركت وهي حائض، وكذلك امرأة العنين وهي حائض والثاني الطلقة الواحدة الرجعية في ذوات الأقراء في طهر جامعها فيه حرة كانت أو أمة لاحتمال أنها حملت بذلك الجماع، وعند ظهور الحمل يندم فتبين أنه طلقها لا لحاجة وفائدة فكان سفهاً فلا يكون سنة، ولأنه إذا جامعها فقد قلت رغبته إليها فلا يكون الطلاق في ذلك الطهر طلاقاً لحاجة على الإطلاق فلم يكن سنة، وأما الذي يرجع إلى العدد فهو إيقاع الثلاث أو الثنتين في طهر واحد لا جماع فيه سواء كان على الجمع بأن أوقع الثلاث جملة واحدة أو على التفاريق واحداً بعد واحد بعد أن كان الكل في طهر واحد، وهذا قول أصحابنا.

وقال الشافعي: لا أعرف في عدد الطلاق سنة، ولا بدعة بل هو مباح وإنما السنة والبدعة في الوقت فقط.

احتج بعمومات الطلاق من الكتاب والسنة.

أما الكتاب/ فقوله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[3] وقوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[4] وقوله [ب/٦٢/ج] عز وجل: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[5] شرع الطلاق من غير فصل بين الفرد والعدد والمفترق والمجتمع.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم.
(٣) سورة الطلاق، الآية: (١).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٣٦).

وأما السنة فقوله ﷺ: «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ والصَّبِيِّ»[١] والدليل على أن عدد الطلاق في طهر واحد مشروع أنه معتبر في حق الحكم بلا خلاف بين الفقهاء، وغير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم.

ألا ترى أن بيع الخل والصفر ونكاح الأجانب لما كان مشروعاً كان معتبراً في حق الحكم وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير ونكاح المحارم لما لم يكن مشروعاً لم يكن معتبراً في حق الحكم، وههنا لما اعتبر في حق الحكم دل أنه مشروع، وبهذا عرفت شرعية الطلقة الواحدة في طهر واحد، والثلاث في ثلاثة أطهار، كذا المجتمع.

ولنا: الكتاب والسنة والمعقول: أما الكتاب فقوله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٢] أي في أطهار عدتهن وهو الثلاث في ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله ﷺ على ما ذكرنا فيما تقدم أمر بالتفريق والأمر بالتفريق يكون نهياً عن الجمع، ثم إن كانَ الأمر أمر إيجاب كان نهياً عن ضده وهو الجمع نهي تحريم، وإن كان أمر ندب كان نهياً عن ضده وهو الجمع نهي ندب، وكل ذلك حجة على المخالف، لأن الأول يدل على التحريم، والآخر يدل على الكراهة وهو لا يقول بشيء من ذلك، وقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ أي دفعتان.

ألا ترى أن من أعطى آخر درهمين لم يجز أن يقال: أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين.

وجه الاستدلال: أن هذا وإن كان ظاهره الخبر، فإن معناه الأمر، لأن الحملَ على ظاهره يؤدي إلى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف، لأن الطلاقَ على سبيل الجمع قد يوجد، وقد يخرج اللفظ مخرج الخبر على إرادة الجمع قال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾[٣] أي ليتربصن، وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾[٤] أي ليرضعن ونحو ذلك كذا هذا، فصار كأنه سبحانه وتعالى قال: طَلِّقُوهُنَّ مَرَّتَيْن إذَا أردتمُ الطَّلَاق والأمر بالتفريق نهي عن الجمع لأنه ضده فيدل على كون الجمع حراماً أو مكروهاً على ما بينا.

---

(١) أخرجه الترمذي في «جامعه» كتاب الطلاق باب ما جاء في طلاق المعتوه بلفظ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله» قال أبو عيسى هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان. وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز إلا أن يكون معتوهاً، يفيق الأحيان فيطلق في حال إفاقته.

وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» عن علي موقوفاً وعن قتادة والزهري موقوفاً عليهما وعن أبي قلابة وعن عطاء والشعبي وليس في ذلك ذكر الصبي وروي ذلك (عدم جواز طلاق الصبي) عن الشعبي والزهري وإبراهيم وعلي (٧/ ١٢٣١٣- ١٢٣١٦، ١٢٢٧٦ ـ ١٢٢٨١).

والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الخلع والطلاق باب لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ ولا طلاق المعتوه حتى يفيق (٧/ ٣٥٩).

(٢) سورة الطلاق، الآية: (١).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

فإن قيل: هذه الآية حجةٌ عليكم، لأنه ذكر جنس الطلاق وجنس الطلاق ثلاث، والثلاث إذا وقع دفعتين كان الواقع في دفعة طلقتان، فيدل على كون الطلقتين في دفعة مسنونتين، فالجواب أن هذا أمر بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق الثلاث لأنه أمر بالرجعة عقيب الطلاق مرتين أي دفعتين بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾[1] أي وهو الرجعة، وتفريق الطلاق وهو إيقاعه دفعتين لا يتعقب الرجعة فكان هذا أمراً بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق كل جنس الطلاق وهو الثلاث، والأمر بتفريق طلاقين من الثلاث يكون نهياً عن الجمع بينهما فوضح وجه الاحتجاج بالآية بحمد الله تعالى.

وأما السنة: فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا فإن الطَّلاق يَهْتَزُّ لَهُ عَرْشُ الرَّحْمَنِ»[2] نهى ﷺ عن الطلاق، ولا يجوز أن يكون النهي عن الطلاق لعينه، لأنه قد بقي معتبراً شرعاً في حق الحكم بعد النهي، فعلم أن ههنا غيراً حقيقياً ملازماً للطلاق يصلح أن يكون منهياً عنه، فكان النهي عنه لا عن الطلاق.

ولا يجوز أن يمنع من المشرع لمكان الحرام الملازم له كما في الطلاق في حالة الحيض، والبيع وقت النداء والصلاة في الأرض المغصوبة وغير ذلك وقد ذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً وأجاز ذلك عليه وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون إجماعاً.

وأما المعقول فمن وجوه:

أحدها: أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا والطلاق إبطال له وإبطال المصلحة مفسدة، وقد قال الله عز وجل: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾[3] وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أن الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به إلا أنه قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطبائع أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة أو أن المقام معها سبب فساد دينه ودنياه فتنقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امرأة أخرى إلا أن احتمال أنه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر في العاقبة قائمة/ فالشرع والعقل يدعوانه إلى النظر وذلك في أن يطلقها طلقة [أ/٦٣/ج] واحدة رجعية حتى أن التباينَ أو الفساد إذا كان من جهة المرأة تتوب وتعود إلى الصلاح إذا ذاقت مرارة الفراق.

وإن كانت لا تتوب نظر في حال نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها، فإن علم أنه لا يمكنه الصبر عنها يراجعها، وإن علم أنه يمكنه الصبر عنها يطلقها في الطهر الثاني ثانياً ويجرب نفسه ثم يطلقها فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهراً وغالباً لأنه لا يلحقه الندم غالباً فأبيحت الطلقة الواحدة أو الثلاث في ثلاثة أطهار على تقدير خروج نكاحها من أن يكون مصلحة، وصيرورة المصلحة في الطلاق فإذا طلقها ثلاثاً

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٠٥).

جملة واحدةً في حالة الغضب، وليست حالة الغضب حالة التأمل لم يعرف خروج النكاح من أن يكون مصلحة فكان الطلاق إبطالاً للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة.

والثاني: أن النكاح عقد مسنون، بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح فكان الطلاق قطعاً للسنة وتفويتاً للواجب فكان الأصل هو الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب أو للتخليص، والتأديب يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية لأن التباينَ أو الفساد إذا كان من قبلها، فإذا ذاقت مرارة الفراق فالظاهر أنها تتأدب وتتوب وتعود إلى الموافقة والصلاح، والتخليص يحصل بالثلاث في ثلاثة أطهار، والثابت بالرخصة يكون ثابتاً بطريق الضرورة، وحق الضرورة صار مقضياً بما ذكرنا فلا ضرورة إلى الجمع بين الثلاث في طهر واحد، فبقي ذلك على أصل الحظر.

والثالث: أنه إذا طلقها ثلاثاً في طهر واحد فربما يلحقه الندم، وقال الله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[1] قيل في التفسير أي ندامة على ما سبق من فعله أو رغبة فيها ولا يمكنه التدارك بالنكاح فيقع في السفاح، فكان في الجمع احتمال الوقوع في الحرام وليس في الامتناع ذلك والتحرز عن مثله واجب شرعاً وعقلاً، بخلاف الطلقة الواحدة لأنها لا تمنع من التدارك بالرجعة، وبخلاف الثلاث في ثلاثة أطهار، لأن ذلك لا يعقب الندم ظاهراً لأنه يجرب نفسه في الأطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم. وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف، لأن الطلاقَ عندنا تصرف مشروع في نفسه؛ إلا أنه ممنوع عنه لغيره لما ذكرنا من الدلائل.

ويستوي في كراهة الجمع أن تكونَ المرأة حرة أو أمة مسلمة أو كتابية، لأن الموجبَ للكراهة لا يوجب الفصل، وهو ما ذكرنا من الدلائل ويستوي في كراهة الجمع، والخلع في الطهر الذي لا جماع فيه غير مكروه بالإجماع وفي الطلاق الواحد البائن روايتان، ذكر في كتاب الطلاق أنه يكره، وذكر في «زيادات الزيادات» أنه لا يكره.

وجه تلك الرواية: أن الطلاقَ البائن لا يفارق الرجعي إلا في صفة البينونة وصفة البينونة لا تنافي صفة السنة، ألا ترى أن الطلقة الواحدة قبل الدخول بائنة وأنها سنة، وكذا الخلع في طهر لا جماع فيه بائن وأنه سنة.

وجه رواية كتاب الطلاق أن الطلاق شرع في «الأصل» بطريق الرخصة للحاجة على ما بينا ولا حاجة إلى البائن لأن الحاجةَ تندفع بالرجعيِّ فكان البائن طلاقاً من غير حاجة فلم يكن سنة؛ ولأن فيه احتمال الوقوع في الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة، وربما لا توافقه المرأة في النكاح فيتبعها بطريق حرام وليس في الامتناع عنه احتمال الوقوع في الحرام فيجب التحرز عنه بخلاف الطلاق قبل الدخول لأنه طلاق لحاجة لأنه قد يحتاج إلى الطلاق قبل الدخول ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق الرجعيِّ، ولأن الطلاقَ قبل الدخول لا يتصور إيقاعه إلا بائناً فكان طلاقاً لحاجة فكان مسنوناً، وكذلك الخلع لأنه تقع الحاجة إلى الخلع ولا يتصور إيقاعه إلا بصفة الإبانة.

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).

ألا ترى أنه لا يتصور أن يكون رجعياً، ولأن الله سبحانه وتعالى رفع الجناح في الخلع مطلقاً بقوله عز وجل: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[1] فدل على كونه مباحاً مطلقاً.

ثم البدعة في الوقت يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها، فيكره أن يطلقَ المدخول بها في حالة الحيض ولا يكره أن يطلق غير المدخول بها في حالة الحيض، لأن الكراهةَ في حالة الحيض لمكان تطويل العدة، ولا يتحقق ذلك في غير المدخول بها.

وأما كونها طاهراً من غير جماع فلا يتصور في غير المدخول بها، وأما البدعة في العدد فيستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها/ ، لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما، وكذا يستوي في السنة [ب/٦٣/ج] والبدعة المسلمة والكتابية والحرة والأمة، لأن الدلائلَ لا توجب الفصل بين الكل.

فصل: وأما الألفاظ التي يقع بها طلاق البدعة فنحو أن يقول أنت طالق للبدعة أو أنت طالق طلاق البدعة أو طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث لأن إيقاعَ الثلاث في طهر واحد لا جماع فيه والواحدة في طهر جامعها فيه بدعة والطلاق في حالة الحيض بدعة فإذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت.

وروى هشام عن محمد: أنها واحدة يملك بها الرجعة، لأن البدعةَ لم يجعل لها وقت في الشروع لتنصرف الإضافة إليه فيلغو قوله للبدعة ويبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة واحدة رجعية، وكذلك إذا قال أنت طالق طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان ونوى الثلاث، وإن لم تكن له نية، فإن كان في طهر جامعها فيه أو في حالة الحيض وقع من ساعته، وإن لم يكن لا يقع للحال ما لم تحض أو يجامعها في ذلك الطهر والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم طلاق البدعة فهو أنه واقع عند عامة العلماء، وقال بعض الناس: إنه لا يقع وهو مذهب الشيعة أيضاً.

وجه قولهم: أن هذا الطلاق منهي عنه لما ذكرنا من الدلائل فلا يكون مشروعاً وغير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم، ولأن اللَّهَ تعالى جعل لنا ولاية الإيقاع على وجه مخصوص، ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك إيقاعه على غير ذلك الوجه كالوكيل بالطلاق على وجه السنة إذا طلقها للبدعة أنه لا يقع لما قلنا كذا هذا.

ولنا: ما روي عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن بعض آبائه طلق امرأته ألفاً فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال ﷺ: «بَانَتْ بِالثَّلَاثِ فِيْ مَعْصِيَةٍ وتِسْعُمائَةٍ وَسَبْعَة وَتُسْعُوْنَ فِيْمَا لَا يَمْلِكُ»[2].

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ٣٣).
وابن أبي شيبة والدارقطني في «سننه» (٢/ ٤٣٠).
والبيهقي «السنن الكبرى» (٧/ ٣٣٧) ورجالهم رجال الصحيح لكن موقوفاً عن ابن عباس لا مرفوعاً.
وأما من أخرجه مرفوعاً الطبراني في «الكبير» وفي سنده عبيد الله بن الوليد الوصافي العجلي وهو ضعيف قال ابن حبان في =

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إن أحدكم يركب الأحموقة فيطلق امرأته ألفاً ثم يأتي فيقول: يا ابن عباس يا ابن عباس، وإن الله تعالى قال: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً﴾[1] وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً بانت امرأتك وعصيت ربك.

وروينا عن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يؤتى برجل قد طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً، وأجاز ذلك عليه وكانت قضاياه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فيكون إجماعاً منهم على ذلك.

وأما قولهم أن غيرَ المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم فنعم؛ لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا ما فيه حظر، وإنما الحظر والحرمة في غيره وهو ما ذكرنا من الفساد والوقوع في الزنا والسفه وتطويل المدة، وإذا كان مشروعاً في نفسه جازَ أن يكون معتبراً في حق الحكم وإن منع عنه لغيره كالبيع وقت أذان الجمعة والصلاة في الأرض المغصوبة ونحو ذلك.

وقد خرج الجواب عن الوجه الثاني وهو أن من ولي تصرفاً مشروعاً لا يملك إيقاعه إلا على الوجه الذي ولي، لأنه ما أوقع الطلاق إلا على الوجه الذي ولي إيقاعه، لأنه تصرف مشروع في نفسه لا يتصور إيقاعه غير مشروع إلا أنه بهذا الطلاق باشر تصرفاً مشروعاً وارتكب محظوراً فيأثم بارتكاب المحظور لا بمباشرة المشروع كما في البيع وقت النداء، ونظائره بخلاف الوكيل، لأن التوكيلَ بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمنه ارتكاب حرام بوجه، فإذا طلقها للبدعة فقد أتى بطلاق مشروع يلازمه حرام فلم يأت بما أمر به فلا يقع فهو الفرق.

فصل: وأما بيان قدر الطلاق وعدده فنقول وبالله التوفيق، الزوجان إما إن كانا حرين، وإما إن كانا رقيقين، إن كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً، فإن كانا حرين فالحرّ يطلق امرأته الحرة ثلاث تطليقات بلا خلاف، وإن كانا رقيقين فالعبد لا يطلق امرأته الأمة إلا تطليقتين بلا خلاف أيضاً، واختلف فيما إذا كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً أن عددَ الطلاق يعتبر بحالِ الرجل في الرق والحرية أم بحال المرأة.

قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: يعتبر بحال المرأة.

وقال الشافعي[2]: يعتبر بحال الرجل حتى إن العبد إذا كانت تحته حرة يملك عليها ثلاث تطليقات عندنا وعنده لا يملك عليها إلا تطليقتين والحر إذا كانت تحته أمة لا يملك عليها إلا تطليقتين عندنا وعنده يملك عليها ثلاث تطليقات، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روي عن علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم مثل قولنا.

[أ/٦٤/ج] وعن عثمان وزيد بن ثابت مثل قوله، وعن عبد الله/ بن عمر رضي الله عنهما أنه يعتبر بحال أيهما كان رقيقاً ولا خلاف في أن العدة تعتبر بحال المرأة.

= «المجروحين» (٢/ ٦٣) منكر الحديث جداً يروي عن الثقات ما لا يشبه حديث الأثبات انظر «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٣٨).

(١) سورة الطلاق، الآية: (٢).

(٢) انظر «المنهاج» صفحة (١٠٧).

احتج الشافعي بما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»[١] والمراد منه اعتبار الطلاق في القدر والعدد لا الإيقاع، لأن ذلك مما لا يشكل.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «يُطَلِّقُ الْعَبْدُ ثِنْتَيْنِ وَتَعْتَدُّ الأمَةُ بِحَيْضَتَيْنِ، مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ أَمَةٌ أَوْ حُرَّةٌ»[٢] ولأن الرق إنما يؤثر في نقصان الحل لكون الحل نعمة، وأنه نعمة في جانب الرجل لا في جانب المرأة، لأنها مملوكة مرقوقة فلا يؤثر رقها في نقصان الحل.

ولنا الكتاب والسنة والمعقول: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[٣] إلى قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٤] والنص ورد في الحرة أخبر الله تعالى أن حل الحرة يزول بالثلاث من غير فصل بين ما إذا كانت تحت حر أو تحت عبد فيجب العمل بإطلاقه.

والدليل على أن النص ورد في الحرة قرائن الآية الكريمة أحدها: أنه قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[٥] والأمة لا تملك الافتداء بغير إذن المولى والثاني: قوله عز وجل: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٦] والأمة لا تملك إنكاح نفسها من غير إذن مولاها والثالث: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾[٧] أي يتناكحا بعد طلاق الزوج الثاني وذا في الحر والحرة.

وأما السنة فما روي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»[٨] جعل عليه الصلاة والسلام طلاق جنس الإماء ثنتين، لأنه أدخل لام الجنس على الإماء كأنه قال طلاق كل أمة ثنتان من غير فصل بين ما إذا كان زوجها حراً أو عبداً.

وأما المعقول فمن وجهين أحدهما: أن «الأصل» في الطلاق هو الحظر لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم إلا أنه أبيحت الطلقة الواحدة للحاجة إلى الخلاص عند مخالفة الأخلاق، لأن عندَ ذلك تصير المصلحة في الطلاق ليزدوج كل واحد منهما ممن يوافقه فتحصل مقاصد النكاح إلا أن احتمال الندم من الجانبين قائم بعد

---

(١) أخرج آخره (والعدة بالنساء) الدارقطني في كتاب الطلاق (٤/ ٣٨) بلفظ (والعدة على النساء) من طرق حديث طويل، وأوله عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وابن عمر أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٦٨، ٣٦٩) كتاب الرجعة باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعاً بالنساء.

(٢) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في سنة طلاق العبد برقم (٢١٨٩)، والترمذي في «جامعه» كتاب الطلاق باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقان رقم (١١٨٢) وابن ماجه في «السنن» كتاب الطلاق باب في طلاق الأمة برقم (٢٠٨٠) والدارمي في «السنن» كتاب الطلاق باب في طلاق الأمة (٢/ ١٧٠ ـ ١٧١).
أخرجه الدارقطني في «السنن» (٤/ ٣٩) كتاب الطلاق.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٧٠) كتاب الرجعة باب ما جاء في عدد طلاق العبد.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٧) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٨) تقدم تخريجه.

الطلاق كما أخبر الله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[(١)] فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق آخر حتى يتأمل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا توافقه المرأة في النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا فأبيحت الطلقة الثانية لهذه الحاجة، ولا حاجة إلى الطلقة الثالثة إلا أن الشرع ورد بها في الحرة إذا كانت تحت حر أو عبد إظهاراً لخطر النكاح وإبانة لشرفه، وملك النكاح في الأمة في الشرف والخطر دون ملك النكاح في الحرة لأن شرف النكاح وخطره لما يتعلق به من المقاصد الدينية والدنيوية منها الولد والسكن.

ومعلوم أن هذين المقصودين في نكاح الأمة دونهما في نكاح الحرة، لأن ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق، والمقصود من الولد الاستئناس والاستنصار به في الدنيا والدعوة الصالحة في العقبى، وهذا المقصود لا يحصل من الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون المرقوق مشغولاً بخدمة المولى.

وكذا سكون نفس الزوج إلى امرأته الأمة لا يكون مثل سكونه إلى امرأته الحرة فلم يكن هذا في معنى مورد الشرع فبقيت الطلقة فيه على أصل الحظر.

والثاني: أن حكم الطلاق زوال الحل وهو حل المحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الأمة أنقص من حل الحرة، لأن الرقَ ينقص الحل، لأن الحلَ نعمة لكونه وسيلة إلى النعمة وهي مقاصد النكاح والوسيلة إلى النعمة نعمة وللرق أثر في نقصان النعمة، ولهذا أثر في نقصان المالكية حتى يملك الحر التزوج بأربع نسوة والعبد لا يملك التزوج إلا بامرأتين.

وأما الحديثان فقد قيل: إنهما غريبان ثم إنهما من الآحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب العزيز بخبر الواحد ولا معارضة الخبر المشهور به، ثم نقول لا حجة فيهما، أما الأول فلأن قوله: الطلاق بالرجال إلصاق الاسم بالاسم فيقتضي ملصقاً محذوفاً والملصق المحذوف يحتمل أن يكون هو الإيقاع، ويحتمل أن يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وقوله: الإيقاع لا يشكل ممنوع بل قد يشكل، وبيان الإشكال من وجهين:

[ب/٦٤/ج] أحدهما: أن النكاح مشترك بين الزوجين في الانعقاد، و«**الأصل**» في كل عقد كان انعقاده بعاقدين/ أن يكون ارتفاعه بهما أيضاً كالبيع والإجارة ونحوهما.

والثاني: أنه مشترك بينهما في الأحكام والمقاصد فيشكل أن يكون الإيقاع بهما على الشركة فحل الإشكال بقوله: الطلاق بالرجال.

وأما الثاني: ففيه أن العبد يطلق ثنتين وهذا لا ينفي الثالثة كما يقال فلان يملك درهمين، وقوله ﷺ: «طَلَاقُ الْأَمَةِ ثِنْتَانِ»[(٢)] إضافة الطلاق إلى الأمة والإضافة للاختصاص فيقتضي أن يكون الطلاق المختص بالأمة ثنتان، ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص، ومثاله قول القائل: مال فلان درهمان أنه ينفي الزيادة

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).

(٢) تقدم.

لما قلنا كذا هذا، وقد خرج الجواب عن قوله إن الحل في جانبها ليس بنعمة لأنا بينا أنه نعمة في حقها أيضاً لكونه وسيلة إلى النعمة والملك في باب النكاح ليس بمقصود بل هو وسيلة إلى المقاصد التي هي نعم، والوسيلة إلى النعمة نعمة والله تعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ركن الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالةً على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والإرسال ورفع القيد في الصريح وقطع الوصلة ونحوه في الكناية أو شرعاً وهو إزالة حل المحلية في النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ؛ أما اللفظ فمثل أن يقول في الكناية:أنت بائن أو أبنتك، أو يقول في الصريح أنت طالق أو طلقتك وما يجري هذا المجرى إلا أن التطليق والطلاق في العرف يستعملان في المرأة خاصة والإطلاق يستعمل في غيرها، يقال في المرأة طلق يطلق تطليقاً وطلاقاً، وفي البعير والأسير ونحوهما يقال: أطلق يطلق إطلاقاً، وإن كانَ المعنى في اللفظين لا يختلف في اللغة، ومثل هذا جائز كما يقال: حصان وحصان وعديل وعدل فالحصان بفتح الحاء يستعمل في المرأة وبالخفض يستعمل في الفرس وإن كانا يدلان على معنى واحد لغة وهو المنع، والعديل يستعمل في الآدمي والعدل فيما سواه، وإن كانا موجودين في المعادلة في اللغة كذا هذا.

ولهذا قالوا: إن من قالَ لامرأته: أنت مطلقة مخففاً يرجع إلى نيته، لأن الإطلاقَ في العرف يستعمل في إثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي فلا يحمل على القيد الحكمي إلا بالنية. ويستوي في الركن ذكر التطليقة وبعضها حتى لو قال لها أنت طالق بعض تطليقة أو ربع تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو جزأ من ألف جزء من تطليقة يقع تطليقة كاملة، وهذا على قول عامة العلماء.

وقال ربيعة الرأي: لا يقع عليها شيء، لأن نصفَ تطليقة لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة، وبعض الشيء ليس عين ذلك الشيء إن لم يكن له غيره.

ولنا: أن الطلاقَ لا يتبعض وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله كالعفو عن بعض القصاص أنه يكون عفواً عن الكل.

ولو قال: أنت طالق طلقةً واحدةً ونصفاً أو واحدةً وثلثاً طلقت اثنتين، لأن البعضَ من تطليقة، تطليقة كاملةٌ فصارَ كأنه قال أنت طالق اثنتين بخلاف ما إذا قال أنت طالق واحدةً ونصفها أو ثلثها أنه لا يقع إلا واحدة، لأن هناكَ أضاف النصف إلى الواحدة الواقعة، والواقع لا يتصور وقوعه ثانياً، وهنا ذكر نصفاً منكراً غير مضاف إلى واقع فيكون إيقاع تطليقة أخرى.

ولو قال: أنت طالق سدس تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو ثلثي تطليقة فهو ثلاث لما ذكرنا أن كلَّ جزء من التطليقة تطليقة كاملة. هذا إذا كانت مدخولاً بها، فإن كانت غير مدخول بها فلا تقع إلا واحدة لأنها بانت بالأولى، كما إذا قال: أنت طالق وطالق وطالق.

ولو قال: أنت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها بعد أن لا يتجاوز العدد عن واحدة لو جمع ذلك فهو تطليقة واحدة، ولو تجاوز بأن قال أنت طالق سدس تطليقة وربعها وثلثها ونصفها، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، واختلف المشايخ فيه قال بعضهم: يقع تطليقتان، وقال بعضهم: يقع تطليقة واحدة. ولو قال: أنت

طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي ثلاث، لأن نصفَ التطليقتين تطليقة فثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاثة أمثال تطليقة، فصار كأنه قال: أنت طالق ثلاث تطليقات.

ولو كان أربع نسوة فقال بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة، لأن الطلقةَ الواحدة إذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة ربعها وربع تطليقة تطليقة كاملة، وكذلك إذا قال: بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع، لأن التطليقتين إذا انقسمتا بين الأربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة ونصف التطليقة تطليقة، فإن قيل لم لا يقسم كل تطليقة بحيالها/ على الأربع فيلزم تطليقتان؟ فالجواب أنه ما فعل هكذا بل جعل التطليقتين جميعاً [أ/٦٥/ج] بين الأربع لأن الجنسَ واحد لا يتفاوت والقسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملته، وإنما يقسم الآحاد إذا كان الشيء متفاوتاً، فإن نوى الزوج أن يكون كل تطليقة على حيالها بينهن يكون على ما نوى، ويقع على كل واحدة منهن تطليقتان، لأنه نوى ما يحتمله كلامه وهو غير متهم فيه، لأنه شدد على نفسه فيصدق.

ولو قال: بينكن خمس تطليقات فكل واحدة طالق اثنتين، لأن الخمسَ إذا قسمت على الأربع أصابَ كل واحدة تطليقة وربع تطليقة، وربع تطليقة تطليقة كاملة فيكون تطليقتين، وعلى هذا ما زاد على خمسة إلى ثمانية، فإن قالَ بينكن تسع تطليقات وقعت على كل واحدة ثلاث تطليقات لأن التسعَ إذا قسمت على أربع أصابَ كل واحدة منهن تطليقتان وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيقع على كل واحدة ثلاثة، وعلى هذا قالوا لو قال أشركت بينكن في تطليقتين أو في ثلاث أو أربع أو خمس أو ست أو سبع أو ثمان أو تسع أن هذا وقوله بينكن سواء، لأن لفظةَ البين تنبىء عن الشركة، فقوله بينكن كذا معناه أشركت بينكن كذا بخلاف ما إذا طلق امرأة له تطليقتين ثم قال لأخرى قد أشركتك في طلاقها أنه يقع عليها تطليقتان، لأن قولَه أشركتك في طلاقها إثبات الشركة في الواقع، ولا تثبت الشركة في الواقع إلا بثبوت الشركة في كل واحد منهما، لأنه لا يمكن رفع التطليقة الواقعة عنها وإيقاعها على الأخرى فلزمت الشركة في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد، وهذا يوجب وقوع تطليقتين على الأخرى، وسواء كان مباشرة الركن من الزوج بطريق الأصالة أو من غيره بطريق النيابة عنه بالوكالة والرسالة، لأن الطلاق مما تجري فيه النيابة فكان فعل النائب كفعل المنوب عنه، وأما الذي يقوم مقام اللفظ فالكتابة والإشارة على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع، بعضها يرجع إلى الزوج وبعضها يرجع إلى المرأة وبعضها يرجع إلى نفس الركن وبعضها يرجع إلى الوقت، أما الذي يرجع إلى الزوج فمنها أن يكون عاقلاً حقيقةً أو تقديراً، فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن العقل شرط أهلية التصرف، لأن به يعرف كون التصرف مصلحة، وهذه التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد.

وأما السكران: إذا طلق امرأته، فإن كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعاً حتى سكرَ وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم.

وعن عثمان رضي الله عنه: أنه لا يقع طلاقه، وبه أخذ الطحاوي والكرخي، وهو أحد قولي الشافعي.

وجه قولهم: أن عقلَه زائلٌ، والعقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا، ولهذا لا يقع طلاق المجنون

والصبي الذي لا يعقل، والذي زالَ عقله بالبنج والدواء، كذا هذا، والدليل عليه أنه لا تصح ردته، فلأن لا يصح طلاقه أولى ولنا عموم قوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[١] إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غيره﴾[٢] من غير فصل بين السكران وغيره إلا من خص بدليل.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «كُلُّ طَلاق جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيّ وَالْمَعْتُوه»[٣] ولأن عقله زال بسبب هو معصية فينزل قائماً عقوبة عليه وزجراً له عن ارتكاب المعصية، ولهذا لو قذف إنساناً أو قتلَ يجب عليه الحد والقصاص، وأنهما لا يجبان على غير العاقل دل أن عقله جعل قائماً، وقد يُعطَى للزائل حقيقة حكم القائم تقديراً إذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع، كمن قتل مورثه أنه يحرم الميراث ويجعل المورث حياً زجراً للقاتل وعقوبة عليه، بخلاف ما إذا زال بالبنج والدواء، لأنه ما زال بسبب هو معصية، إلا أنه لا تصح ردة السكران استحساناً نظراً له ، لأن بقاءَ العقل تقديراً بعد زواله حقيقة للزجر، وإنما تقع الحاجة إلى الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي إليه طبعاً، والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعي إليها فلا حاجة إلى استبقاء عقله فيها للزجر، ولأن جهةَ زوال العقل حقيقة يقتضي بقاء الإسلام وجهة بقائه تقديراً يقتضي زوال الإسلام فيرجح جانب البقاء، لأن الإسلامَ يعلو ولا يعلى عليه، ولهذا يحكم بإسلام الكافر إذا أكره على الإسلام/ ولا يحكم بكفر المسلم إذا أكره على إجراء كلمة الكفر فأجرى وأخبر أن قلبَه كان مطمئناً بالإيمان. [ب/٦٥/ج] كذا هذا.

وإن كان سكره بسبب مباح لكن حصل له به لذة بأن شرب الخمر مكرهاً حتى سكر، أو شربها عند ضرورة العطش فسكر، قالوا: إن طلاقه واقع أيضاً لأنه وإن زال عقله فإنما حصل زوال عقله بلذة فيجعل قائماً ويلحق الإكراهُ والاضطرارُ بالعدم كأنه شرب طائعاً حتى سكر.

وذكر محمد رحمه الله تعالى: فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ولكن صدعَ فزال عقله بالصداع أنه لا يقع طلاقه لأنه ما زال عقله بمعصية ولا بلذة فكان زائلاً حقيقة وتقديراً، وكذلك إذا شرب البنج أو الدواء الذي يسكر وزال عقله لا يقع طلاقه لما قلنا.

ومنها: أن لا يكون معتوهاً ولا مدهوشاً ولا مبرسماً ولا مغمى عليه ولا نائماً فلا يقع طلاق هؤلاء لما قلنا في المجنون.

وقد رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلّا طَلَاقَ الصَّبِيّ والْمَعْتُوهِ»[٤]، ومنها أن يكون بالغاً فلا يقع طلاق الصبي، وإن كان عاقلاً، لأن الطلاقَ لم يشرع إلا عند خروج النكاح من أن يكون مصلحة، وإنما يعرف ذلك بالتأمل، والصبي لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل فلا يعرف وأما كون الزوج طائعاً فليس بشرط عند أصحابنا.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.

وعند الشافعي: شرط حتى يقع طلاق المكره عندنا وعنده لا يقع، ونذكر المسألة في كتاب الإكراه إن شاء الله تعالى.

وذكر محمد بإسناده أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت لتطلقني ثلاثاً أو لأنفذنها فناشدها الله أن لا تفعل فأبت فطلقها ثلاثاً فذكر لرسول الله ﷺ فقال لا قيلولة في الطلاق، وكذا كونه جاداً ليس بشرط فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب لما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ وَهَزْلُهُنَّ جَد النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ»[١] وروي النكاح والطلاق والرجعة.

وعن أبي الدرداء رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ لَعِبَ بِطَلَاقٍ أَوْ عِتَاقٍ لَزِمَهُ»[٢] وقيل فيه نزل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ولا تتخذوا آياتِ اللَّهِ هُزواً﴾[٣] وكان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ثم يراجع فيقول كنت لاعباً ويعتق عبده ثم يرجع فيقول كنت لاعباً فنزلت الآية، فقال ﷺ: «مَنْ طَلَّقَ أَوْ حَرَّرَ أَوْ نَكَحَ فَقَالَ إِنِّي كُنْتُ لَاعِباً فَهُوَ جَائِزٌ مِنْهُ»[٤] وكذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس، لأن الكتابةَ المستبينة تقوم مقام اللفظ والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة.

وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيقع طلاق شارط الخيار في باب الطلاق بغير عوض، لأن شرط الخيار للتمكن من الفسخ عند الحاجة، والذي من جانب الزوج وهو الطلاق لا يحتمل الفسخ، لقوله ﷺ: «لَا قَيْلُولَةَ فِي الطَّلَاقِ»[٥].

وأما الخلو عن شرط الخيار للمرأة في الطلاق بعوض فشرط لأن الذي من جانبها المال فكان من جانبها معاوضة المال وأنها محتملة للفسخ فصح شرط الخيار فيها فيمنع انعقاد السبب كالبيع حتى إنها لو ردت بحكم الخيار بطل العقد ولا يقع الطلاق، وكذا صحةُ الزوج ليس بشرط، وكذا إسلامه فيقع طلاق المريض والكافر، لأن المرضَ والكفر لا ينافيان أهلية الطلاق، وكذا كونه عامداً ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطىء وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق، لأن الفائت بالخطأ ليس إلا القصد وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق، وكذلك العتاق لما قلنا في الطلاق.

وذكر الكرخي أن في العتاق روايتين، فإن هشاماً روى عن محمد عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في الطلاق على الهزل رقم (٢١٩٤). وأخرجه الترمذي في «السنن» كتاب الطلاق باب ما جاء في الجد والهزل (١١٨٤) وقال (حسن غريب) وابن ماجه في «السنن» كتاب الطلاق باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً (٢٠٣٩).

والحاكم في «المستدرك» كتاب الطلاق باب ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ (٢/ ١٩٧).

(٢) انظر الحديث الآتي.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).

(٤) أخرجه الطبراني وفيه عمر بن عبيد قال الهيثمي: وهو من أعداء الله «مجمع الزوائد» رقم (٧٥٢٩).

وأخرج معناه عبد الرزاق في «المصنف» موقوفاً ومرفوعاً برقم (١٠٢٤٣ ـ ١٠٢٥٣).

(٥) أخرجه العقيلي في «الضعفاء» كما في «نصب الراية» للزيلعي في ضمن طلاق المكره وفيه الغازي بن جبلة، قال البخاري: حديثه منكر في «ميزان الاعتدال» (٣/ ٦٦٣٨).

وانظر «الجرح والتعديل» للرازي (٧/ ٣٣٧).

لامرأته اسقيني ماء فقال لها أنت طالق وقع، ولو أراد ذلك في العبد فقال أنت حر لم يقع.

وروى بشر بن الوليد الكندي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنهما يتساويان وهو الصحيح لما ذكرنا.

وجه رواية هشام أن ملك البضع ثبت بسبب يتساوى فيه القصد وعدم القصد وهو النكاح فعلى ذلك زواله بخلاف ملك العبد فإنه يثبت بسبب مختلف فيه القصد وعدم القصد وهو البيع ونحو ذلك فكذلك زواله وهذا ليس بسديد لأنه قد يشرط لثبوت الحكم من الشرائط ما لا يشرط لزواله، فكان الاستدلال بالثبوت على الزوال استدلالاً فاسداً.

فصل: ومنها: النية في أحد نوعي الطلاق وهو الكناية، وجملة الكلام في هذا الشرط في موضعين:

أحدهما: في بيان الألفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع.

والثاني: في بيان صفة الواقع بها.

أما الأول: فالألفاظ التي يقع بها الطلاق في/ الشرع نوعان صريح وكناية، أما الصريح فهو اللفظ الذي [أ/٦٦ج] لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق أو التطليق مثل قوله أنت طالق أو أنت الطلاق أو طلقتك أو أنت مطلقة مشدداً سمي هذا النوع صريحاً، لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قولهم صرح فلان بالأمر أي كشفه وأوضحه.

وسمي البناء المشرف صرحاً لظهوره على سائر الأبنية، وهذه الألفاظ ظاهرة المراد، لأنها لا تستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق إذ النية عملها في تعيين المبهم ولا إبهام فيها، وقال الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] شرع الطلاق من غير شرط النية، وقال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[2] مطلقاً، وقال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[3] حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقاً عن شرط النية.

وروينا: «أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حال الحيض أمره رسول الله ﷺ أن يراجعها»[4] ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو، ولو كانت النية شرطاً لسأله ولامراجعة إلا بعد وقوع الطلاق فدل على وقوع الطلاق من غير نية.

ولو قال لها: أنت طالق ثم قال: أردت أنها طالق من وثاق لم يصدق في القضاء لما ذكرنا أن ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضي في صرف الكلام عن ظاهره، وكذا لا يسع للمرأة أن تصدقه، لأنه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة والله تعالى مطلع على قلبه.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٤) تقدم.

ولو قال: أنت طالق.

وقال: أردت أنها طالق من العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل فقد نوى ما لا يحتمله لفظه أصلاً فلا يصدق أصلاً.

وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال: أنت طالق وقال: نويت الطلاق من عمل أو قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه فجاز أن يصدق فيه، ولو صرح فقال أنت طالق من وثاق لم يقع في القضاء، لأن المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملاً، فإذا صرح به يحمل عليه، وإن صرح فقال: أنت طالق من هذا العمل وقع الطلاق في القضاء، لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقةً ولا مجازاً ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله في الجملة، وإن كان خلاف الظاهر.

وعلى قياس رواية الحسن: ينبغي أن لا يقع أيضاً في القضاء، ولو قال أنت أطلق من امرأة فلان وهي مطلقة فذلك على نيته إلا أن يكون جواباً لمسألة الطلاق لأن لفظة «أفعل» ليست صريحاً في الكلام.

ألا ترى أن من قال لآخر أنت أزنى من فلان لم يكن قذفاً صريحاً حتى لا يجب الحد، ومعلوم أن صريح القذف يوجب الحد، وإذا لم يكن صريحاً وقف على النية إلا إذا خرج جواباً لسؤال الطلاق فينصرف إليه بقرينة السؤال، وكذا إذا قال لها أنت مطلقة وخفف فهو على نيته لما ذكرنا أن الانطلاق لا يستعمل في قيد النكاح وإنما يستعمل في القيد الحقيقي والحبس فلم يكن صريحاً فوقف على النية.

وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته كوني طالقاً أو اطلقي قال: أراه واقعاً لأن قوله: كوني ليس أمراً حقيقة، وإن كانت صيغته صيغة الأمر بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقاً كما في قوله تعالى: ﴿كُنْ فَيَكُونُ﴾[1] أن قوله: كن ليس بأمر حقيقة، وإن كانت صيغته صيغة الأمر بل هو كناية عن التكوين ولا تكون طالقاً إلا بالطلاق، وكذا قوله اطلقي، وكذلك إذا قال لامرأته كوني حرة أو اعتقي.

ولو قال: يا مطلقة وقع عليها الطلاق، لأنه وصفها بكونها مطلقة ولا تكون مطلقة إلا بالتطليق، فإن قالَ أردت به الشتم لا يصدق في القضاء، لأنه خلاف الظاهر، لأنه نوى فيما هو وصف أن لا يكون وصفاً فكان عدولاً عن الظاهر فلا يصدقه القاضي ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه قد يراد بمثله الشتم، ولو كان لها زوج قبلَه فقال: عنيت ذلك الطلاق دين في القضاء، لأنه نوى ما يحتمله لفظه، لأنه وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الإضافة إلى نفسه، وقد تكون مطلقته، وقد تكون مطلقة/ زوجها الأول فالنية [ب/٦٦/ج] صادفت محلها فصدق في القضاء وإذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره فانصرف الوصف إلى كونها مطلقة له.

ولو قال لها: أنت طالق طالق، أو قال: أنت طالق أنت طالق، أو قال قد طلقتك قد طلقتك، أو قال:

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١١٧).

أنت طالق قد طلقتك يقع ثنتان إذا كانت المرأة مدخولاً بها، لأنه ذكر جملتين كل واحدة منهما إيقاع تام لكونه مبتدأ وخبراً والمحل قابل للوقوع.

ولو قال: عنيت بالثاني الإخبار عن الأول لم يصدق في القضاء، لأن هذه الألفاظ في عرف اللغة والشرع تستعمل في إنشاء الطلاق فصرفها إلى الإخبار يكون عدولاً عن الظاهر فلا يصدق في الحكم المدعو ويصدق فيمابينه وبين الله تعالى، لأن صيغَتها صيغة الإخبار.

ولو قال لامرأته: أنت طالق فقال له رجل ما قلت؟ فقال: طلقتها، أو قال: قلت: هي طالق فهي واحدة في القضاء، لأن كلامه انصرف إلى الإخبار بقرينة الاستخبار.

وأما الطلاق بالفارسية فقد روي عن أبـي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال في فارسي قال لامرأته [بهشتم ان زن] أو قال: [إن زن بهشتم] أو قال: [بهشتم] لا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينوي به الطلاق، لأن معنى هذا اللفظ بالعربية خليت، وقوله: خليت من كنايات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ إلا أن أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين:

أحدهما: أنه قال: إذا نوى الطلاق بقوله: خليت يقع بائناً، وإذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعياً، لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحاً في لغتهم ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونة بالشك.

والثاني: قال إن قوله: خليت في حال الغضب، وفي حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقاً حتى لا يدين في قوله إنه ما أراد به الطلاق، وهذا اللفظ في هاتين الحالتين لا يكون طلاقاً حتى لو قال ما أردت به الطلاق يدين في القضاء، لأن هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال إن نوى بائناً يكون بائناً، وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً، كما لو قال: خليت ونوى البائن أو الثلاث، ولو نوى ثنتين يكون واحدة، كما في قوله: خليت إلا أن ههنا يكون واحدة يملك الرجعة بخلاف لفظة التخلية لما بينا.

وقال أبو يوسف: إذا قال: [بهشتم ان زن] أو قال: [ان زن بهشتم] فهي طالق نوى الطلاق أو لو ينو وتكون تطليقة رجعية، لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل «**جرجان**»[1] فعرف أن هذا اللفظ في لغتهم صريح قال: وإن قال: [بهشتم] ولم يقل: [إن زن]، فإن قال ذلك في حال سؤال الطلاق أو في حال الغضب فهي واحدة يملك الرجعة ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق في القضاء.

وإن قال في غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين في القضاء، لأن معنى قولهم بهشتم خليت، وليس في قوله: خليت إضافة إلى النكاح ولا إلى الزوجة فلا يحمل على الطلاق إلا بقرينة نية أو بدلالة حال، وحال الغضب ومذاكرة الطلاق دليل إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق في الصرف عن الظاهر، قال وإن نوى بائناً فبائن، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، لأن هذا اللفظ وإن كان صريحاً في الفارسية فمعناه التخلية في العربية فكان محتملاً للبينونة، والثلاث كلفظة التخلية فجاز أن يحمل عليه بالنية.

(١) جرجان: مدينة عظيمة مشهورة بين طبرستان وخراسان فبعض يعدها من هذه وبعض يعدها من هذه. وقيل: إن أول من أحدث بناءها يزيد بن المهلب بن أبي صفرة انظر «**معجم البلدان**» (٢/ ١١٩).

وقال محمد في قوله: [بهشتم ان زن] أو [ان زن بهشتم] أن هذا صريح الطلاق، كما قال أبو يوسف، وقال في قوله: [بهشتم] أنه إن كان في حال مذاكرة الطلاق فكذلك ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق، وإن لم يكن في حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان في حال الغضب أو الرضا، لأن معنى هذا اللفظ بالعربية أنت مخلاة أو قد خليتك.

وقال زفر: إذا قال: [بهشتم] ونوى الطلاق بائناً أو غير بائن فهو بائن، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى اثنتين فاثنتان، وأجرى هذه اللفظة مجرى قوله: خليت، ولو قال: خليتك ونوى الطلاق فهي واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينو وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً، وإن نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا، هذا ما نقل عن أصحابنا في الطلاق بالفارسية.

و «الأصل» الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة مثل/ أن يقول في عرف ديارنا دها كنم أو في عرف خراسان والعراق بهشتم، لأن الصريحَ لا يختلف باختلاف اللغات وما كان في الفارسية من الألفاظ ما يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية في جميع الأحكام والله أعلم. [١/٦٧/ج]

ولو قال لامرأته أنت طالق ونوى به الإبانة فقد لغت نيته، لأنه نوى تغيير الشرع، لأن الشرعَ أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلاً إلى ما بعد انقضاء العدة، فإذا نوى إبانتها للحال معجلاً فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية فبطلت نيته، وإن نوى ثلاثاً لغت نيته أيضاً في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة أنه تصح نيته، وبه أخذ الشافعي.

وجه هذه الرواية أن قوله: طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه فيدل على ثبوت مأخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعاني، ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب والقاتل بلا قتل فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائناً فصحت نية الثلاث منه كما لو نص على الطلاق فقال أنت طالق طلاقاً، وكما لو قال: أنت بائن ونوى الثلاث أنه تصح نية الثلاث لما قلنا كذا هذا.

وجه ظاهر الرواية قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ﴾(١) أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقاً من غير فصل بين ما إذا نوى الثلاث أو لم ينو، فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق إلا بما قيد بدليل، ولأنه نوى ما يحتمله لفظه فلا تصح نيته كما إذا قال لها اسقيني ونوى به الطلاق ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث، وقوله: طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين:

أحدهما: إن طالق اسم للذات وذاتها واحد والواحد لا يحتمل العدد إلا أن الطلاق ثبت مقتضى الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقاً، لأن الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب وهذا

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).

وقال محمد في قوله: [بهشتم ان زن] أو [ان زن بهشتم] أن هذا صريح الطلاق، كما قال أبو يوسف. وقال في قوله: [بهشتم] أنه إن كان في حال مذاكرة الطلاق فكذلك ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق، وإن لم يكن في حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان في حال الغضب أو الرضا، لأن معنى هذا اللفظ بالعربية أنت مخلاة أو قد خليتك.

وقال زفر: إذا قال: [بهشتم] ونوى الطلاق بائناً أو غير بائن فهو بائن، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى اثنتين فاثنتان، وأجرى هذه اللفظة مجرى قوله: خليت، ولو قال: خليتك ونوى الطلاق فهي واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينو وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً، وإن نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا، هذا ما نقل عن أصحابنا في الطلاق بالفارسية.

و «الأصل» الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة مثل/ أن يقول في عرف ديارنا دها [١/٦٧/ج] كنم أو في عرف خراسان والعراق بهشتم، لأن الصريحَ لا يختلف باختلاف اللغات وما كان في الفارسية من الألفاظ ما يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية في جميع الأحكام والله أعلم.

ولو قال لامرأته أنت طالق ونوى به الإبانة فقد لغت نيته، لأنه نوى تغيير الشرع، لأن الشرعَ أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلاً إلى ما بعد انقضاء العدة، فإذا نوى إبانتها للحال معجلاً فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية فبطلت نيته، وإن نوى ثلاثاً لغت نيته أيضاً في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة أنه تصح نيته، وبه أخذ الشافعي.

وجه هذه الرواية أن قوله: طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه فيدل على ثبوت مأخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعاني، ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب والقاتل بلا قتل فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائناً فصحت نية الثلاث منه كما لو نص على الطلاق فقال أنت طالق طلاقاً، وكما لو قال: أنت بائن ونوى الثلاث أنه تصح نية الثلاث لما قلنا كذا هذا.

وجه ظاهر الرواية قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ﴾[1] أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقاً من غير فصل بين ما إذا نوى الثلاث أو لم ينو، فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق إلا بما قيد بدليل، ولأنه نوى ما يحتمله لفظه فلا تصح نيته كما إذا قال لها اسقيني ونوى به الطلاق ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث، وقوله: طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين:

أحدهما: إن طالق اسم للذات وذاتها واحد والواحد لا يحتمل العدد إلا أن الطلاقَ ثبت مقتضى الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقاً، لأن الطالقَ بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب وهذا

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).

المقتضى غير متنوع في نفسه فكان عدماً فيما وراء صحة التسمية، وذلك على «الأصل» المعهود في الثابت ضرورة أنه يتقدر بقدر الضرورة، ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا يثبت فيه بخلاف ما إذا قال لها أنت طالق طلاقاً، لأن الطلاقَ هناك منصوص عليه فكان ثابتاً من جميع الوجوه فيثبت في حق قبول النية، وبخلاف قوله: أنت بائن لأن البائنَ مقتضاه البينونة وأنها متنوعة إلى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو البينونة كاسم الجالس يقال: جلس أي قعد، وجلس أي أتى نجد نكان الجالس من الأسماء المشتركة لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس فكذا البائن والاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بمعين، فإذا نوى الثلاث فقد عين إحدى نوعي البينونة فصحت نيته، وإذا لم يكن له لا يقع شيء لانعدام المعين بخلاف قوله طالق، لأنه مأخوذ من الطلاق والطلاق في نفسه لا يتنوع لأنه رفع القيد والقيد نوع واحد.

والثاني: إن سلمنا أن الطلاقَ صار مذكوراً على الإطلاق لكنه في اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح والقيد في نكاح واحدٍ فيكون الطلاق واحداً ضرورة، فإذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته فكان ينبغي أن لا يقع الثلاث أصلاً، لأن وقوعه ثبت شرعاً بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع.

ولو قال: أنت طالق طلاقاً، فإن لم تكن نية فهي واحدة، وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً كذا ذكر في «الأصل». وفي «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة أنه لا يكون إلا واحدة، وجه هذه الرواية أنه ذكر المصدر للتأكيد لما ذكرنا أن قوله: طالق فيقتضي الطلاق فكان قوله: طلاقاً تنصيصاً على المصدر الذي اقتضاه الطالق فكان تأكيداً كما يقال قمت قياماً وأكلت أكلاً فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد وهو قوله طالق فلا يقع إلا واحدة، كما لو قال أنت طالق ونوى به الثلاث.

وجه ظاهر الروايات: أن قوله: طلاقاً مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق لأن المصدر يقع على الواحد، ويحتمل الكل، قال الله تعالى: ﴿لَا تَدْعُوا اليومَ ثُبُوراً وَاحداً وادعوا ثُبوراً كثيراً﴾[1] وصف الثبورَ الذي هو مصدر بالكثرة والثلاث في عقد واحد كل جنس الطلاق، فإذا نوى الثلاثَ فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته وإذا لم يكن له نية يحمل على الواحد لأنه/ متيقن، وقد خرج الجواب عما سبق لأن الكلام إنما يحمل [ب/٦٧/ج] على التأكيد إذا لم يمكن حمله على فائدة جديدة وههنا أمكن على ما بينا.

ولو نوى اثنتين لا على التقسيم في قوله: طالق طلاقاً لا تصح نيته، لأن لفظ المصدر واحد فلا بد من تحقيق معنى التوحيد فيه ثم الشيء قد يكون واحداً من حيث الذات وهو أن يكون ذاته واحداً من النوع كزيد من الإنسان وقد يكون واحداً من حيث النوع كالإنسان من الحيوان ولا توجد في الاثنين لا من حيث الذات ولا من حيث النوع فكان عدداً محضاً فلا يحتمله لفظة الواحد بخلاف الثلاث فإنه واحد من حيث الجنس، لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا النكاح وكل جنس من الأفعال يكون جنساً واحداً.

ألا ترى أنك متى عددت الأجناس تعده جنساً واحداً من الأجناس كالضرب يكون جنساً واحداً من سائر

(١) سورة الفرقان، الآية: (١٤).

أجناس الفعل، وكذا الأكل والشرب ونحو ذلك ولو نوى ثنتين على التقسيم تصح نيته لما نذكر.

ولو قال: أنت الطلاق ونوى الثلاث صحت نيته، لأن الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال هذا الدرهم ضرب الأمير أي مضروبه، وهذا علم أبي حنيفة أي معلومه، فلو حملناه على المصدر للغا كلامه، ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصحت نية الثلاث، لأن النية تتبع المذكور، والمذكور يلازم الجنس.

ولو قال لها: أنت طلاق بدون الألف واللام ذكر الطحاوي أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث وفرق بينه وبين قوله أنت الطلاق.

وذكر الجصاص: أن هذا الفرق لا يعرف له وجه إلا على الرواية التي روي عن أبي حنيفة في قوله: أنت طالق طلاقاً أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث فأما على الرواية المشهورة في التسوية بين قوله أنت طالق الطلاق، وبين قوله أنت طالق طلاقاً فلا يتبين وجه الفرق بين قوله أنت طلاق وبين قوله أنت الطلاق. وحكي أن الكسائي سأل محمد بن الحسن عن قول الشاعر:

فإن تَرفُقي يا هندُ فالرفقُ أيمنُ ... وإن تخرَقي يا هندُ فالخُرْقُ أشأمُ
فأنت طلاقٌ، والطلاقُ عزيمةٌ ... ثلاثاً ومَنْ يخرِقْ أعقُّ وأظلمُ[(1)]

فقال محمد رحمه الله إن قال: والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله: أنت طلاق وصار قوله: والطلاق عزيمةٌ ثلاث ابتداءً وخبراً غير متعلق بالأول وإن قال: والطلاق عزيمة ثلاثاً طلقت ثلاثاً كأنه قال أنت طالق ثلاثاً والطلاق عزيمة، لأن الثلاث هي في الحال تفسير الموقع فاستحسن الكسائي جوابه، وكذا لو قال أنت طالق الطلاق ونوى الثلاث، لأنه ذكر المصدر وعرفه بلام التعريف فيستغرق كل جنس المشروع من الطلاق في هذا الملك وهو الثلاث، فإذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته إلا أن عند الإطلاق لا ينصرف إليه لقرينة تمنع من التصرف إليه على ما نذكره.

ولو نوى ثنتين لا على التقسيم لا تصح نيته لما ذكرنا أن الطلاق مصدر، والمصدر صيغته صيغة واحدة فكان تحقيق معنى التوحيد فيه لازماً، والاثنان عدد محض لا توجد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحيد وإنما احتمل الثلاث من حيث التوحيد، لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا الملك، وكل الجنس جنس واحد بالإضافة إلى غيره من الأجناس وأمكن تحقيق معنى التوحيد فيه، وإن لم يكن له نية لا يقع إلا واحدة لأنه وإن عرف المصدر بلام التعريف الموضوعة لاستغراق الجنس لكنه انصرف إلى الواحد بدلالة الحال، لأن إيقاع الثلاث جملة محظور، والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب المحظور فانصرف

---

(١) هذان البيتان مع بيت ثالث وهو:

فبيني بها أن كُنت غير رَفيقةٍ ... وما لامرئ بعد الثلاث مُقدَّمُ

من أبيات المسائل الفقهية النحوية. انظر «الخزانة» (٢/ ٦٩ ـ ٧٥) و «المغني» برقم (٧٧) (١/ ٧٦) حيث ذكر القصة أن الرشيد سأل أبا يوسف عنه.

فسأل أبو يوسف الكسائي وأجابه الجواب المذكور هنا.

فلعل الحادثة مكررة.

إلى الواحد بقرينة وصار هذا كما إذا حلف لا يشرب الماء أو لا يتزوج النساء أو لا يكلم بني آدم أنه إن نوى كل جنس من هذه الأجناس صحت نيته، وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا.

ولو قال: أردت بقولي: أنت طالق واحدة وبقولي الطلاق أو طلاقاً أخرى صُدق، لأنه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح إيقاعاً تاماً، ألا ترى أنه إذا قال لها أنت طالق يقع الطلاق، ولو قال: أنت الطلاق أو طلاق يقع أيضاً، فإذا أراد بذلك صار كأنه قال لها أنت طالق وطالق.

ولو قال لامرأته: طلقي نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته حتى لو قالت: طلقت نفسي ثلاثاً كان ثلاثاً، لأن المصدر يصير مذكوراً في الأمر، لأن معناه حصلي طلاقاً، والمصدر يقع على الواحد، ويحتمل الكل؛ فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله/ لفظه، وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد لكونه متيقناً وإن [١٦٨/أ/ج] نوى ثنتين لا يصح، لأنه عدد محض فكان معنى التوحد فيه منعدماً أصلاً ورأساً فلا يحتمله صيغة واحدة.

ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة، ثم قال لها قبل انقضاء العدة قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثاً، أو قال قد جعلتها بائناً، اختلف أصحابنا الثلاثة فيه.

قال أبو حنيفة: يكون ثلاثاً ويكون بائناً، وقال محمد: لا يكون ثلاثاً ولا بائناً.

وقال أبو يوسف: يكون بائناً ولا يكون ثلاثاً.

وجه قول محمد: أن الطلاق بعد وقوعه شرعاً بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة، لأن تغييره يكون تغيير الشرع والعبد لا يملك ذلك، ألا ترى أنه لو طلقها ثلاثاً فجعلها واحدة لا تصير واحدة، وكذا لو طلقها تطليقة بائنة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا.

وجه قول أبـي يوسف: أن التطليقة الرجعية يحتمل أن يلحقها البينونة في الجملة ألا يرى أنه لو تركها حتى انقضت عدتُها تصير بائنة فجاز تعجيل البينونة فيها أيضاً، فأما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثاً أبداً، فلغا قوله جعلتها ثلاثاً. ولأبـي حنيفة: أنه يملك إيقاع هذه التطليقة بائنة من الابتداء فيملك إلحاقها بالبائنة لأنه يملك إنشاء الإبانة في هذه الجملة كما كان يملكها في الابتداء، ومعنى جعل الواحدة ثلاثاً أنه ألحق بها تطليقتين أخريين لا أنه جعل الواحد ثلاثة.

فصل: وأما الكناية فنوعان: نوع هو كناية بنفسه وضعاً، ونوع هو ملحق بها شرعاً في حق النية. أما النوع الأول فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره نحو قوله أنت بائن أنت علي حرام خلية برية بتة أمرك بيدك اختاري اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة خليت سبيلك سرحتك حبلك على غارب فارقتك خالعتك ولم يذكر العوض لا سبيل لي عليك لا ملك لي عليك لا نكاح لي عليك أنت حرة قومي أُخرجي اغربي انطلقي انتقلي تقنعي استتري تزوجي ابتغي الأزواج الحقي بأهلك ونحو ذلك سمي هذا النوع من الألفاظ كناية لأن الكناية في اللغة اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع، وهذه الألفاظ مستترة المراد عند السامع.

فإن قوله: بائن يحتمل البينونة عن النكاح، ويحتمل البينونة عن الخير أو الشر.

وقوله: حرام يحتمل حرمة الاستمتاع، ويحتمل حرمة البيع والقتل والأكل ونحو ذلك.

وقوله: خلية مأخوذة من الخلو فيحتمل الخلو عن الزوج والنكاح، ويحتمل الخلو عن الخير أو الشر.

وقوله: بريئة من البراءة فيحتمل البراءة من النكاح، ويحتمل البراءة من الخير أو الشر.

وقوله: بتة من البت وهو القطع فيحتمل القطع عن النكاح، ويحتمل القطع عن الخير أو عن الشر.

وقوله: أمركِ بيدكِ يحتمل في الطلاق، ويحتمل في أمر آخر من الخروج والانتقال وغير ذلك.

وقوله: اختاري يحتمل اختيار الطلاق، ويحتمل اختيار البقاء على النكاح.

وقوله: اعتدي أمر بالاعتداد وأنه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدة، ويحتمل الاعتداد الذي هو من العدد أي اعتدي نعمتي التي أنعمت عليك.

وقوله: استبري رحمك أمر بتعريف براءة الرحم وهو طهارتها عن الماء وأنه كناية عن الاعتداد الذي هو من العدة، ويحتمل استبري رحمك لأطلقك.

وقوله: أنت واحدة يحتمل أن تكون الواحدة صفة الطلقة أي طالق واحدة أي طلقة واحدة، ويحتمل التوحيد في الشرف أي أنت واحدة في الشرف.

وقوله: خليت سبيلك يحتمل سبيل النكاح، ويحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الأبوين أو لأمر آخر.

وقوله: سرحتك يعني خليتك يقال سرحت إبلي وخليتها بمعنى واحد، وقوله حبلك على غاربك استعارة عن التخلية، لأن الجمل إذا ألقى حبله على غاربه فقد خلى سبيله يذهب حيث شاء.

وقوله: فارقتك يحتمل المفارقة عن النكاح، ويحتمل المفارقة عن المكان والمضجع وعن الصداقة.

وقوله: خالعتك ولم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق، ويحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش ونحو ذلك.

وقوله: لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل النكاح، ويحتمل سبيل البيع والقتل ونحو ذلك، وكذا قوله لا ملك لي عليك يحتمل ملك النكاح، ويحتمل ملك البيع ونحو ذلك.

وقوله: لا نكاح لي عليك لأني قد طلقتك، ويحتمل لا نكاح لي عليك أي لا أتزوجك إن طلقتك، ويحتمل لا نكاح لي عليك أي لا أطؤك، لأن النكاح يذكر بمعنى الوطء.

[ب/٦٨/ج] وقوله: أنت حرام يحتمل/ الخلوص عن ملك النكاح، ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين ونحو ذلك، وقوله قومي واخرجي واذهبي يحتمل أي افعلي ذلك لأنك قد طلقت والمرأة إذا طلقت من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث تشاء، ويحتمل التقيد عن نفسه مع بقاء النكاح.

وقوله: اغربي عبارة عن البعد أي تباعدي فيحتمل البعد من النكاح، ويحتمل البعد من الفراش وغير ذلك.

وقوله: انطلقي وانتقلي يحتمل الطلاق؛ لأنها تنطلق وتنتقل عن بيت زوجها إذا طلقت، ويحتمل الانطلاق والانتقال إلى بيت أبويها للزيارة ونحو ذلك.

وقوله: تقنعي واستتري أمر بالتقنع والاستتار فيحتمل الطلاق، لأنها إذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالقناع وستر أعضائها بالثوب عن زوجها، ويحتمل تقنعي واستتري أي كوني متقنعة ومستورة لئلا يقع بصر أجنبي عليك.

وقوله: تزوجي يحتمل الطلاق إذ لا يحل لها التزوج بزوج آخر إلا بعد الطلاق ويحتمل تزوجي أن طلقتك، وكذا قوله ابتغي الأزواج.

وقوله: الحقي بأهلك يحتمل الطلاق، لأن المرأة تلحق بأهلها إذا صارت مطلقة، ويحتمل الطرد والإبعاد عن نفسه مع بقاء النكاح، وإذا احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استتر المراد منها عند السامع فافتقرت إلى النية لتعيين المراد ولا خلاف في هذه الجملة إلا في ثلاثة ألفاظ. وهي قوله سرحتك وفارقتك وأنت واحدة، فقال أصحابنا: قوله سرحتك وفارقتك من الكنايات لا يقع الطلاق بهما إلا بقرينة النية كسائر الكنايات.

وقال الشافعي: هما صريحان لا يفتقران إلى النية كسائر الألفاظ الصريحة؛ وقوله أنت واحدة من الكنايات عندنا وعنده هو ليس من ألفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وإن نوى.

أما المسألة الأولى فاحتج الشافعي بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فإمساكٌ بِمَعْروفٍ أو تسريحٌ بإِحْسَانٍ﴾[1] والتسريح هو التطليق، وقوله تعالى: ﴿فأمسكوهُنَّ بمعروفٍ أو فارقوهنَّ بمعروفٍ﴾[2] والمفارقة هي التطليق فقد سمى الله عز وجل الطلاق بثلاثة أسماء: الطلاق والسراح والفراق، ولو قال لها طلقتك كان صريحاً فكذا إذا قال سرحتك أو فارقتك.

ولنا: أن صريح الطلاق هو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا أن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع، وما كان مستعملاً فيه وفي غيره لا يكون ظاهر المراد بل يكون مستتر المراد، ولفظ السراح والفراق يستعمل في غير قيد النكاح يقال سرحت إبلي وفارقت صديقي فكان كناية لا صريحاً فيفتقر إلى النية ولا حجة له في الآيتين لأنا نقول بموجبهما أن السراح والفراق طلاق لكن بطريق الكناية لا صريحاً لانعدام معنى الصريح على ما بينا.

وأما المسألة الثانية: فوجه قوله أن قوله أنت واحدة صفة المرأة فلا يحتمل الطلاق كقوله أنت قائمة وقاعدة ونحو ذلك.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

ولنا: أنه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتاً لمصدر محذوف أي طلقة واحدة وهذا شائع في اللغة يقال أعطيته جزيلاً وضربته وجيعاً أي عطاءً جزيلاً وضرباً وجيعاً، ولهذا يقع الرجعي عندنا دون البائن.

واختلف مشايخنا في محل الخلاف، قال بعضهم الخلاف فيما إذا قال واحدة بالوقف ولم يعرب، فأما إذا أعرب الواحدة فلا خلاف فيها، لأنه إن رفعها لا يقع الطلاق بالإجماع لأنها حينئذٍ تكون صفة الشخص، وإن نصبها يقع الطلاق بالإجماع، لأنها حينئذٍ تكون نعتاً لمصدر محذوف على ما بينا، فكان موضع الخلاف ما إذا وقفها ولم يعربها، ويحتمل أن يقال إن موضع الرفع محل الاختلاف أيضاً، لأن معنى قوله أنت واحدة أي أنت منفردة عن النكاح.

وقال أكثر المشايخ: إن الخلاف في الكل ثابت، لأن العوام لا يهتدون إلى هذا ولا يميزون بين إعراب وإعراب ولا خلاف أنه لا يقع الطلاق بشيء من ألفاظ الكناية إلا بالنية، فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى، وإن كان لم ينو لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى، وإن ذكر شيئاً من ذلك ثم قال: ما أردت به الطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه وهل يدين في القضاء فالحال لا يخلو إما إن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق، وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله، وإما إن كانت حالة الغضب والخصومة. فإن كانت حالة الرضا/ [٦٩/أ ج] وابتدأ الزوج بالطلاق يدين في القضاء في جميع الألفاظ لما ذكرنا أن كل واحد من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ويصدق في ذلك قضاء، وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله أو حالة الغضب والخصومة، فقد قالوا إن الكنايات أقسام ثلاثة: في قسم منها لا يدين في الحالين جميعاً، لأنه ما أراد به الطلاق لا في حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ولا في حالة الغضب والخصومة، وفي قسم منها يدين في حال الخصومة والغضب ولا يدين في حال ذكر الطلاق وسؤاله، وفي قسم منها يدين في الحالين جميعاً.

أما القسم الأول فخمسة ألفاظ: أمرك بيدك، اختاري، اعتدي، استبري رحمك، أنت واحدة، لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، والحال يدل على إرادة الطلاق، لأن حال الغضب والخصومة إن كانت تصلح للشتم والتبعيد كما تصلح للطلاق فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتبعيد والطلاق، لكن هذه الألفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد فزال احتمال إرادة الشتم والتبعيد فتعينت الحالة دلالة على إرادة الطلاق فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال فثبتت إرادة الطلاق في كلامه ظاهراً فلا يصدق في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق إذا قال لامرأته أنت طالق، ثم قال أردت به الطلاق عن الوثاق لا يصدق في القضاء لما قلنا كذا هذا.

وأما القسم الثاني: فخمسة ألفاظ أيضاً خلية بريئة بتة بائن حرام؛ لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم، فإن الرجل يقول لامرأته عند إرادة الشتم أنت خلية من الخير بريئة من الإسلام بائن من الدين بتة من المروءة حرام أي مستخبث أو حرام الاجتماع والعشرة معك وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق فبقي اللفظ في نفسه محتملاً للطلاق وغيره فإذا عنى به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه، والظاهر لا يكذبه فيصدق في القضاء ولا يصدق في حال ذكر الطلاق، لأن الحال لا يصلح إلا للطلاق، لأن

هذه الألفاظ لا تصلح للتبعيد والحال لا يصلح للشتم فيدل على إرادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت جنبة الطلاق بدلالة الحال.

وروي عن أبي يوسف أنه زاد على هذه الألفاظ الخمسة خمسة أخرى لا سبيل لي عليك فارقتك خليت سبيلك لا ملك لي عليكِ بنت مني، لأن هذه الألفاظ تحتمل الشتم كما تحتمل الطلاق، فيقول الزوج لا سبيل لي عليكِ لشرك وفارقتك في المكان لكراهة اجتماعي معكِ وخليت سبيلكِ وما أنت عليه ولا ملك لي عليك لأنك أقل من أن أتملككِ وبنت مني لأنك بائن من الدين أو الخير، وحال الغضب يصلح لهما، وحال ذكر الطلاق لا يصلح إلا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمسة المتقدمة.

وأما القسم الثالث: فبقية الألفاظ التي ذكرناها، لأن تلك الألفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبعيد والطلاق، لأن الإنسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق، وكذا حال سؤال الطلاق والحال لا يدل على إرادة أحدهما فإذا قال ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه، والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضاء.

وكذلك لو قال: وهبتك لأهلك قبلوها أو لم يقبلوها لأنها هنا تحتمل الطلاق لأن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها، ويحتمل التبعيد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح، والحال لا يدل على إرادة أحدهما فبقي محتملاً، وسواء قَبِلَهَا أَهلُها أو لم يَقبَلُوها، لأن كون التصرف هبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له، وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك وأهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة إلى القبول.

وكذا إذا قال: وهبتك لأبيك أو لأمك أو للأزواج، لأن العادة أن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أبيها وأمها وتسلم إليهما ويملكها الأزواج بعد الطلاق، فإن قال: وهبتك لأخيك أو لأختك أو لخالتك أو لعمتك أو لفلان الأجنبي لم يكن طلاقاً، لأن المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة.

ولو قال لامرأته: لست لي بامرأة، ولو قال لها ما أنا بزوجك أو سئل فقيل له:هل لك امرأة؟ فقال لا، فإن قال أردت الكذب يصدق في الرضا والغضب جميعاً ولا يقع الطلاق.

وإن قال نويت الطلاق يقع الطلاق على قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف/ ومحمد لا يقع الطلاق، [ب/٦٩/ج] وإن نوى، ولو قال لم أتزوجك ونوى الطلاق لا يقع الطلاق بالإجماع، وكذا إذا قال والله ما أنت لي بامرأة، أو قال: علي حجة ما أنت لي بامرأة أنه لا يقع الطلاق وإن نوى بالاتفاق.

وجه قولهما: أن قوله لست لي بامرأة أو لا امرأة لي أو ما أنا بزوجك كذب، لأنه إخبار عن انتفاء الزوجية مع قيامها فيكون كذباً فلا يقع به الطلاق كما إذا قال لم أتزوجك، أو قال: والله ما أنت لي بامرأة.

ولأبي حنيفة: أن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق فإنه يقول لست لي بامرأة لأني قد طلقتك فكان محتملاً للطلاق، وكل لفظ يحتمل الطلاق إذا نوى به الطلاق كان طلاقاً كقوله أنت بائن ونحو ذلك، بخلاف لم أتزوجك لأنه لا يحتمل الطلاق لأنه نفى فعل التزوج أصلاً ورأساً وأنه لا يحتمل الطلاق فلا يقع به الطلاق، وبخلاف قوله والله ما أنت لي بامرأة، لأن اليمين على النفي تتناول الماضي وهو كاذب في ذلك فلا يقع به شيء.

ولو قال: لا حاجة لي فيك لا يقع الطلاق، وإن نوى لأن عدم الحاجة لا يدل على عدم الزوجية، فإن الإنسان قد يتزوج بمن لا حاجة له إلى تزوجها فلم يكن ذلك دليلاً على انتفاء النكاح فلم يكن محتملاً للطلاق.

وقال محمد: فيمن قال لامرأته: افلحي يريد به الطلاق أنه يقع به الطلاق، لأن قوله: افلحي بمعنى اذهبي، فإن العرب تقول للرجل: افلح بخير أي اذهب بخير ولو قال لها اذهبي يريد به الطلاق كان طلاقاً كذا هذا.

ويحتمل قوله: افلحي أي اظفري بمرادك يقال: أفلح الرجل إذا ظفر بمراده وقد يكون مرادها الطلاق فكان هذا القول محتملاً للطلاق، فإذا نوى به الطلاق صحت نيته، ولو قال فسخت النكاح بيني وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق لأن فسخ النكاح نقضه فكان في معنى الإبانة.

ولو قال وهبت لك طلاقاً وقال أردت به أن يكون الطلاق في يدك لا يصدق في القضاء ويقع الطلاق، لأن الهبة تقتضي زوال الملك وهبة الطلاق منها تقتضي زوال ملكه عن الطلاق وذلك بوقوع الطلاق وجعل الطلاق في يدها تمليك الطلاق إياها فلا يحتمله اللفظ الموضوع للإزالة.

وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى أنه لا يقع به شيء، لأن الهبة تمليك، وتمليك الطلاق إياها هو أن يجعل إليها إيقاعه، ويحتمل قوله وهبت لك طلاقك أي أعرضت عن إيقاعه فلا يقع به شيء، ولو أراد أن يطلقها، فقالت له هب لي طلاقي تريد أعرض عنه، فقال قد وهبت لك طلاقك يصدق في القضاء، لأن الظاهر أنه أراد به ترك الإيقاع، لأن السؤال وقع به فينصرف الجواب إليه، ولو قال تركت طلاقك أو خليت سبيل طلاقك وهو يريد الطلاق وقع، لأن ترك الطلاق وتخلية سبيله قد يكون بالإعراض عنه وقد يكون بإخراجه عن ملكه وذلك بإيقاعه فكان اللفظ محتملاً للطلاق وغيره فتصح نيته.

ولو قال: أعرضت عن طلاقك أو صفحت عن طلاقك ونوى الطلاق لم تطلق لأن الإعراض عن الطلاق يقتضي ترك التصرف فيه، والصفح هو الإعراض فلا يحتمل الطلاق ولا تصح نيته، وكذا كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق وإن نوى، مثل قوله بارك الله عليك أو قال لها أطعميني أو اسقيني ونحو ذلك، ولو جمع بين ما يصلح للطلاق وبين ما لا يصلح له بأن قال لها اذهبي وكلي أو قال اذهبي وبيعي الثوب ونوى الطلاق بقوله اذهبي، ذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن في قول أبي يوسف لا يكون طلاقاً، وفي قول زفر يكون طلاقاً.

وجه قول زفر: أنه ذكر لفظين: أحدهما يحتمل الطلاق، والآخر لا يحتمل فيلغو ما لا يحتمله ويصح ما يحتمله.

ولأبي يوسف: أن قوله: اذهبي مقروناً بقوله كلي أو بيعي لا يحتمل الطلاق لأن معناه اذهبي لتأكلي الطعام واذهبي لتبيعي الثوب والذهاب للأكل والبيع لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته، ولو نوى في شيء من الكنايات التي هي بوائن أن يكون ثلاثاً مثل قوله أنت بائن أو أنت علي حرام أو غير ذلك يكون ثلاثاً إلا في قوله اختاري، لأن البينونة نوعان: غليظة وخفيفة، فالخفيفة هي التي تحل له المرأة بعد بينونتها بنكاح جديد

بدون التزوج بزوج آخر؛ والغليظة ما لا تحل له إلا بنكاح جديد بعد التزوج بزوج آخر، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه.

والدليل عليه ما روي أن ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته ألبته فاستحلفه رسول الله/ ﷺ ما [١/٧٠/ج] أردت ثلاثاً فلو لم يكن اللفظ محتملاً للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى، وكذا قوله أنت علي حرام يحتمل الحرمة الغليظة والخفيفة؛ فإذا نوى الثلاث فقد نوى إحدىٰ نوعي الحرمة فتصح نيته، وإن نوى ثنتين كانت واحدة في قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: يقع ما نوى.وجه قوله: أن الحرمة والبينونة أنواع ثلاثة: خفيفة، وغليظة، ومتوسطة بينهما، ولو نوى أحد النوعين صحت نيته فكذا إذا نوى الثلاث، لأن اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد.

ولنا: أن قوله بائن أو حرام اسم للذات والذات واحدة فلا تحتمل العدد، وإنما احتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا في صريح الطلاق ولا توحد في الاثنين أصلاً بل هو عدد محض فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مع ما إن الحاصل بالثنتين والحاصل بالواحدة سواء، لأن أثرهما في البينونة والحرمة سواء، ألا ترى أنها تحل في كل واحدة منهما بنكاح جديد من غير التزوج بزوج آخر فكان الثابت بهما بينونة خفيفة وحرمة خفيفة كالثابت بالواحد فلا يكون ههنا قسم ثالث في المعنى.

وعلى هذا قال أصحابنا: أنه إذا قال لزوجته الأمة أنت بائن أو حرام ينوي الثنتين يقع ما نوى، لأن الاثنتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها فكان الثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة.

وقالوا: لو طلق زوجته الحرة واحدة، ثم قال لها أنت بائن أو حرام ينوي اثنتين كانت واحدة، لأن الاثنتين بأنفسهما ليسا كل جنس طلاق الحرة بدون الطلقة المتقدمة.

ألا ترى أنها لا تبين فالاثنتين بينونة غليظة بدونها، ولو نوى بقوله: اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة ثلاثاً لم تصح، لأن هذه الألفاظ في حكم الصريح ألا ترى أن الواقع بها رجعية فصار كأنه قال أنت طالق ونوى به الثلاث ولأن قوله أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث فلا يحتمل نية الثلاث، وكذا قوله: اعتدي واستبري رحمك، لأن الواقع بكل واحدة منهما رجعي فصار كقوله: أنت واحدة، وكذا لو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا بل أولى، لأن الاثنتين عدد محض والله أعلم.

فصل: وأما النوع الثاني فهو أن يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة: امرأته طالق فيسأل عن نيته، فإن قال نويت به الطلاق وقع، وإن قال لم أنو به الطلاق صدق في القضاء، لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكتابة، لأن الإنسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق إلا بالنية، وإن كتب كتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء أو على الهواء فذلك ليس بشيء حتى لا يقع به الطلاق وإن نوى، لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقاً بالعدم، وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل أن يكتب، أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق يقع به الطلاق.

ولو قال: ما أردت به الطلاق أصلاً لا يصدق إلا أن يقول نويت طلاقاً من وثاق فيصدق فيما بينه

وبين الله عز وجل، لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب، ألا ترى أن رسول الله ﷺ كان يبلغ بالخطاب مرة وبالكتاب أخرى وبالرسول ثالثاً، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب فصار كأنه خاطبها بالطلاق عند الحضرة، فقال لها أنت طالق أو أرسل إليها رسولاً بالطلاق عند الغيبة، فإذا قال: ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ثم إن كتب على الوجه المرسوم ولم يعلقه بشرط بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق وقع الطلاق عقيب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل لما ذكرنا أن كتابة قوله أنت طالق على طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ بها، وإن علقه بشرط الوصول إليها بأن كتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل إليها، لأنه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علقه بشرط آخر.

وقالوا: فيمن كتب كتاباً على وجه الرسالة وكتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق ثم محا ذكر الطلاق منه وأنفذ الكتاب وقد بقي منه كلام يسمى كتاباً ورسالةً وقع الطلاق لوجود الشرط وهو وصول الكتاب إليها، [ب/٧٠/ج] فإن محا ما في الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة لم يقع الطلاق وإن/ وصل، لأن الشرط وصول الكتاب ولم يوجد، لأن ما بقي منه لا يسمى كتاباً فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق والله أعلم، هذا الذي ذكرنا بيان الألفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع.

فصل: وأما بيان صفة الواقع بها فالواقع بكل واحد من النوعين اللذين ذكرناهما من الصريح والكناية نوعان: رجعي وبائن.

أما الصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصاً ولا إشارة ولا موصوفاً بصفة تنبىء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو وصف تدل عليها.

وأما الصريح البائن فبخلافه وهو أن يكون بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده، لكن مقروناً بعدد الثلاث نصاً أو إشارة أو موصوفاً بصفة تدل عليها، إذا عرف هذا فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون بائناً، لأن الأصل في اللفظ المطلق عن شرط أن يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتأخر فيما بعد الدخول إلى وقت انقضاء العدة ثبت شرعاً بخلاف الأصل فيقتصر على مورد الشرع فبقي الحكم فيما قبل الدخول على الأصل ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق وقال لم أجامعها كان طلاقاً بائناً حتى لا يملك مراجعتها، وإن كان للخلوة حكم الدخول لأنها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقاً قبل الدخول حقيقة فكان بائناً.

وكذلك إذا كان مقروناً بعوض وهو الخلع ببدل والطلاق على مال، لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر إن شاء الله تعالى، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقاً للمعاوضة المطلقة ولا تملك إلا بالبائن فكان الواقع بائناً.

وكذلك إذا كان مقروناً بعدد الثلاث نصاً بأن قال لها أنت طالق ثلاثاً لقوله عز وجل: ﴿فإن طلقها فلا

تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى، وإن أشار بأصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان، لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام.

والدليل عليه العرف والشرع أيضاً، أما العرف فظاهر.

وأما الشرع فقول النبي ﷺ: «الشَّهرُ هَكَذَا وهَكَذَا وَهَكَذَا»[١] وأشار ﷺ بأصابع يديه كلها فكان بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً، ثم قال ﷺ: «الشَّهر هَكَذَا وهكذَا وهَكَذَا وحبس إبهامه في المرةِ الثَّالِثَةِ»[٢] فكان بياناً أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً، وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة.

والدليل عليه أن النبي ﷺ لما قال: «الشَّهرُ هكذَا وهكذَا وهكذَا وقبضَ إبهامَهُ فِي المرةِ الثَّالثةِ» فهم منه تسعة وعشرون يوماً، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحداً وعشرين يوماً، فدل أن المعتبر في الإشارة بالأصابع المرسل منها لا المقبوض، وكذا إذا كان موصوفاً بصفة تنبىء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق ألبتة ونحو ذلك وهذا عندنا.

وقال الشافعي: يقع واحدة رجعية[٣].

وجه قوله: أنه لما قال أنت طالق فقد أتى بصريح الطلاق وأنه معقب للرجعة فلما قال بائن فقد أراد تغيير المشروع فيرد عليه كما لو قال أعرتك عارية لا رد فيها وكما لو قال: أنت طالق وقال أردت به الإبانة.

ولنا: أنه وصف المرأة بالبينونة بالطلاق الأول، وأنه مما يحتمل البينونة، ألا ترى أنه تحصل البينونة قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة فكان قوله بائن قرينة مبينة لا مغيرة ثم إذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والأخرى بقوله بائن ونحو ذلك، لأن قوله بائن ونحو ذلك يصلح وصفاً للمرأة بالطلاق الأول فلا يثبت إلا مقتضى واحد، لأن ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالأدنى، وكذا إذا قال لها أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة. لأن الشدة تنبىء عن القوية/ والقوي هو البائن. [أ/٧١/ج]

وكذا إذا قال لها: أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة، لأن الطول والعرض يقتضيان القوة، ولو قال لها: أنت طالق من ههنا إلى موضع كذا فهو رجعي في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر: هو بائن.

وجه قوله: أنه وصف الطلاق بالطول، فصار كما لو قال لها: أنت طالق تطليقة طويلة.

ولنا: أنه وصفه بالطول صورة وبالقصر معنى، لأن الطلاق إذا وقع في مكان يقع في الأماكن كلها فكان القصر على بعض الأماكن وصفاً له بالقصر والطلقة القصيرة هي الرجعية.

---

(١) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الصيام باب وجوب صيام رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤية الهلال (١٠٨٠) وباب الشهر تسعاً وعشرين (١٠٨٤) وأحمد في «المسند» (٢/ ١٣) (٣/ ٣٢٩) وأبو داود في «السنن» كتاب الصوم باب الشهر يكون تسعاً وعشرين. والدارمي في «السنن» (٢/ ٤).

(٢) تقدم تخريجه في الحديث السابق.

(٣) كما في «الأم» (٥/ ٢٥٩) و «المهذب» (٢/ ٨٢) و «المنهاج» صفحة (٢٠٦).

ولو قال: أنت طالق أشد الطلاق؛ فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة فهي واحدة بائنة، لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي فيقع بائناً، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، لأن ألف الفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الواحدة البائنة، لأنها أشد حكماً من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الثلاث، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته، وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأدنى لأنه متيقن به ولو قال لها أنت طالق ملء البيت فإن نوى الثلاث كان ثلاثاً، وإن لم يكن له نية فهو واحدة بائنة، لأن قوله ملء البيت يحتمل أنه أراد به الكثرة والعدد، ويحتمل أنه أراد به الصفة وهي العظم والقوة فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه متيقناً بها.

ولو قال لها: أنت طالق أقبح الطلاق، قال أبو يوسف: هو رجعي، وقال محمد هو بائن.

وجه قول محمد: أنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه وهو البائن فيقع بائناً.

ولأبي يوسف: أن قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي وهو الكراهية الشرعية ويحتمل القبح الطبعي وهو الكراهية الطبيعية وهو أن يطلقها في وقت يكره الطلاق فيه طبعاً فلا تثبت البينونة فيه بالشك، وكذا قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح بجهة الإبانة، ويحتمل القبح بإيقاعه في زمن الحيض أو في طهر جامعها فيه فلا تثبت البينونة بالشك.

ولو قال: أنت طالق للبدعة فهي واحدة رجعية، لأن البدعة قد تكون في البائن وقد تكون في الطلاق حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البينونة فلا تثبت البينونة بالشك.

ولو قال لها: أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله أنت طالق للبدعة، وروي عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائنة تقع واحدة بائنة، لأن لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته، ولو شبه صريح الطلاق بالعدة فهذا على وجهين: إما إن شبه بالعدد فيما له عدد، وإما إن شبه بالعدد فيما لا عدد له، فإن شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها أنت طالق كألف أو مثل ألف، فهنا ثلاثة فصول:

الأول: هذا.

والثاني: أن يقول لها أنت طالق واحدة كألف أو مثل ألف.

والثالث: أن يقول لها أنت طالق كعدد ألف.

أما الفصل الأول: فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث بالإجماع، وإن نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد هو ثلاث، ولو قال نويت به واحدة دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء.

وجه قوله: أن قوله كألف تشبيه بالعدد إذ الألف من أسماء الأعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها أنت طالق كعدد ألف، ولو قال ذلك كان ثلاثاً كذا هذا.

ولهما: أن التشبيه بالألف يحتمل التشبيه من حيث العدد، ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة، فإن الواحد من الرجال قد يشبه بألف رجل في الشجاعة، وإذا كان محتملاً لهما فلا يثبت العدد إلا بالنية، فإذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الأدنى، لأنه متيقن به ولا يحمل على العدد بالشك.

وأما الفصل الثاني: وهو ما إذا قال أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعاً، لأنه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة وذلك في البائن فيقع بائناً.

وأما الفصل الثالث: وهو ما إذا قال لها أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث فهو ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة، لأن التنصيص على العدد ينفي احتمال إرادة الواحد فلا يصدق أنه ما أراد به الثلاث أصلاً كما إذا قال أنت طالق/ ثلاثاً ونوى الواحدة وإن [ب/٧١/ج] شبه بالعدد فيما لا عدد له بأن قال أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا لشيء لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائنة في قياس قول أبي حنيفة. وعند أبي يوسف: هي واحدة يملك الرجعة.

وجه قول أبي يوسف: أن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فبطل التشبيه، وقوله أنت طالق، ولأبي حنيفة أن هذا النوع من التشبيه يقتضي ضرباً من الزيادة لا محالة ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة.

وقالوا فيمن قال لامرأته: أنت طالق عدد شعر راحتي أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة، لأنه شبه بما لا عدد له، لأنه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته أو على ظهر كفه للحال وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبه بالعدد فلغا التشبه وبقي قوله أنت طالق فيكون رجعياً.

ولو قال: أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثاً لأنه شبه بما له عدد، لأن شعر رأسه ذو عدد، وإن لم يكن موجوداً في الحال فكان هذا تشبيهاً به حال وجوده وهو حال وجوده ذو عدد، بخلاف المسألة الأولى، لأن ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال فيلغو التشبيه.

ولو قال لها: أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة.

وجه قول أبي يوسف: أن قوله مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه في التوحد، لأن الجبل بجميع أجزائه شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك، ولأبي حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد؛ لأنه ليس بذي عدد لكونه واحداً في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الصفة وهي البينونة فيحمل على الواحدة البائنة، لأنها المتيقن بها.

ولو قال:مثل عظم الجبل، أو قال:مثل عظم كذا، فأضاف ذلك إلى صغير أو كبير فهي واحدة بائنة،

وإن لم يسم واحدة، وإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث لأنه نص على التشبيه بالجبل في العظم، فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم إن كان قد سمى واحدة تعينت الواحدة البائنة، لأن الزيادة فيها لا تكون إلا بالبينونة، وإن كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بواحدة أو بالثلاث، فإن نوى الثلاث يكون ثلاثاً، لأنه نوى ما يحتمله كلامه، وإن لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها أدنى، والأدنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك.

ولو قال: أنت طالق مثل هذا وهذا وهذا وأشار بثلاث أصابع، فإن نوى به ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة، لأنه شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد، ويحتمل التشبيه في الصفة وهي الشدة، فإذا نوى به الثلاث صحت نيته، لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله أنت طالق كألف وإذا نوى به الواحدة كانت واحدة، لأنه أراد به التشبيه في الصفة، وكذا إذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لأنه أدنى والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الكناية فثلاثة ألفاظ من الكنايات رواجع بلا خلاف، وهي قوله اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة.

أما قوله: اعتدي فلما روي عن أبي حنيفة أنه قال: القياس في قوله اعتدي أن يكون بائناً وإنما اتبعنا الأثر، وكذا قال أبو يوسف: القياس أن يكون بائناً وإنما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها اعتدي فناشدته أن يراجعها لتجعلَ يومَها لعائشة رضي الله عنها حَتَّى تحشر في جملةِ أزواجِهِ فَرَاجعها وردَّ عليها يومَها»[١]، ولأن قوله: اعتدي أمر بالاعتداد، والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة، والضرورة ترتفع بالأقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها، ثم قوله اعتدي إنما يجعل مقتضياً للطلاق في المدخول بها وأما في غير المدخول بها فإنه يجعل مستعاراً من الطلاق وقوله استبري رحمك تفسير/ [٢/٧٢/أ] اعتدي، لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيده قوله: اعتدي.

وأما قوله: أنت واحدة فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتاً لمصدر محذوف وهو الطلقة كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة كما يقال: أعطيته جزيلاً أي عطاء جزيلاً، واختلف في البواقي من الكنايات فقال أصحابنا رحمهم الله إنها بوائن، وقال الشافعي رواجع[٢].

وجه قوله: أن هذه الألفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازاً عن الطلاق، ألا ترى أنها لا تعمل بدون نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكني عنه لا المجاز الذي هو الكناية، ولهذا كانت الألفاظ الثلاثة رواجع، فكذا البواقي.

---

(١) أخرجه ابن سعد برجال ثقات من رواية القاسم بن أبي بزة مرسلاً أن النبي ﷺ طلقها يعني سودة فصعدت على طريقه وقالت والذي بعثك بالحق مالي في الرجال حاجة ولكن أحب أن أبعث مع نسائك يوم القيامة.
انظر «سبل السلام» (٢/١٠٦٧ ـ ١٠٦٨).

(٢) انظر «الأم» (٢٥٩، ١٦٠) و«المهذب» (٢/ ٨٢) و«المنهاج» صفحة (١٠٦)، والرواجع: جمع رجعي: أي الرجعة بعد الطلاق وهو عكس البائن.

ولنا: أن الشرع ورد بهذه الألفاظ وأنها صالحة لإثبات البينونة والمحل قابل للبينونة. فإذا وجدت من الأهل ثبتت البينونة استدلالاً بما قبل الدخول، ولا شك أن هذه الألفاظ صالحة لإثبات البينونة، فإنه تثبت البينونة بها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة ويثبت به قبول المحل أيضاً، لأن ثبوت البينونة في محل لا يحتملها محال.

والدليل على أن الشرع ورد بهذه الألفاظ قوله تعالى: ﴿فإمسَاكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحْسَانٍ﴾[١] وقوله تعالى: ﴿فتعالَيْنَ أُمتِّعكنَّ وأُسَرِّحكنَّ سَرَاحاً جميلاً﴾[٢] وقوله: ﴿فأمسِكوهُنَّ بمعروفٍ أو فارقوهُنَّ بمعرُوفٍ﴾[٣] والتسريح والمفارقة من كنايات الطلاق على ما بيّنا.

وروي: «أن رسول الله ﷺ تزوج امرأةً فرأى في كشحها بياضاً فقال لها: الحقي بأهلك»[٤] وهذا من ألفاظ الكنايات «وإن ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته ألبتة فحلفه رسول الله ﷺ ما أراد بها الثلاث»[٥] وقوله: ألبتة من الكنايات، فإذا ثبت أن هذا التصرف مشروع فوجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً بصدوره من أهله وحلوله في محله وقد وجد فتثبت البينونة، وإذا ثبتت البينونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة، ولأن شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة، لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما، وعند اختلاف الأخلاق لا يبقىٰ النكاح مصلحة، لأنه لا يبقىٰ وسيلة إلى المقاصد فتنقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه إلا أن المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة المرأة فالشرع شرع الطلاق وفوض طريق دفع المخالفة والإعادة إلى الموافقة إلى الزوج لاختصاصه بكمال العقل والرأي فينظر في حال نفسه، فإن كانت المخالفة من جهته يطلقها طلاقاً واحداً رجعياً أو ثلاثاً في ثلاثة أطهار ويجرب نفسه في هذه المدة، فإن كان يمكنه الصبر عنها ولا يميل قلبه إليها يتركها حتى تنقضي عدتها، وإن كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها، وإن كانت المخالفة من جهتها تقع الحاجة إلى أن تتوب وتعود إلى الموافقة وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعي، لأنها إذا علمت إن النكاح بينهما قائم لا تتوب فيحتاج إلى الإبانة التي بها يزول الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود إلى الموافقة عسى، وإذا كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة إلى شرع الإبانة عاجلاً وآجلاً تحقيقاً لمصالح النكاح بالقدر الممكن.

وقوله: هذه الألفاظ مجاز عن الطلاق ممنوع بل هي حقائق عامة بأنفسها لأنها صالحة للعمل بأنفسها على ما بينا، فكان وقوع البينونة بها لا بالمكني عنه على أنا إن سلمنا أنها مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢١٩).
(٢) سورة الأحزاب، الآية: (٢٨).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢١٩).
(٤) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/ ٣٤) وفي إسناده جميل بن زيد وهو مجهول واختلف عليه في شيخه اختلافاً كثيراً.
(٥) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ٣٧، ٣٨) كتاب الطلاق باب فيما جاء في أحكام الطلاق. والدارمي في «السنن» كتاب الطلاق باب في الطلاق البتة (٢/ ١٦٣) وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في البتة رقم (٢٢٠٦) والترمذي في «السنن» كتاب الطلاق واللعان باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة. برقم (١١٧٧) وابن ماجه في «السنن» كتاب الطلاق باب طلاق البتة.

عامل بنفسه أيضاً كلفظ الحقيقة، فإن المجاز أحد نوعي الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة، ولهذا قلنا إن للمجاز عموماً كالحقيقة إلا أنه يشترط النية لتنوع البينونة والحرمة إلى الغليظة والخفيفة فكان الشرط في الحقيقة نية التمييز وتعيين أحد النوعين لا نية الطلاق والله تعالى أعلم.

ويستوي فيما ذكرنا من الصريح والكناية والرجعي والبائن أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه بطريق الأصالة أو بغيره بإذنه أو أمره وذلك نوعان: توكيل وتفويض، أما التفويض فنحو قول الرجل لامرأته أمرك بيدك، وقوله: اختاري[1]، وقوله: أنت طالق إن شئت وما يجري مجراه، وقوله: طلقي نفسك.

فصل: أما قوله: أمرك بيدك فالكلام فيه يقع في مواضع، في بيان صفة هذا التفويض وهو جعل الأمر باليد، وفي بيان حكمه، وفي بيان شرط ثبوت/ الحكم، وفي بيان شرط بقائه وما يبطل به وما لا يبطل، وفي بيان صفة الحكم الثابت وفي بيان ما يصلح جواب الأمر باليد من الألفاظ وبيان حكمها إذا وجد. [ب/٧٢/ج]

أما بيان صفته فهو أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه، ولا نهي المرأة عما جعل إليها ولا فسخ ذلك لأنه ملكها الطلاق، ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك إبطاله بالرجوع والنهي والفسخ بخلاف البيع فإن الإيجاب من البائع ليس بتمليك بل هو أحد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه، ولأن الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ فكذا بعد إيجابه بخلاف البيع فإنه يحتمل الفسخ بعد تمامه فيحتمل الفسخ والرجوع بعد إيجابه أيضاً، ولأن هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع عنه والفسخ كسائر التعليقات المطلقة، بخلاف البيع فإنه ليس فيه معنى التعليق رأساً وكذلك لو قام هو عن المجلس لا يبطل الجعل، لأن قيامه دليل الإبطال لكونه دليل الإعراض، فإذا لم يبطل بصريح إبطاله كيف يبطل بدليل الإبطال بخلاف البيع إذا أوجب البائع ثم قام قبل قبول المشتري أنه يبطل الإيجاب، لأن البيع يبطل بصريح الإبطال فجاز أن يبطل بدليل الإبطال وأما من جانب المرأة فإنه غير لازم، لأنه لما جعل الأمر بيدها فقد خيرها بين اختيارها نفسها في التطليق وبين اختيارها زوجها، والتخيير ينافي اللزوم.

وأما حكمه فهو صيرورة الأمر بيدها في الطلاق لأنه جعل الأمر بيدها في الطلاق وهو من أهل الجعل والمحل قابل للجعل فيصير الأمر بيدها.

وأما شرط صيرورة الأمر بيدها فشيئان: أحدهما نية الزوج الطلاق لأنه من كنايات الطلاق فلا يصح من غير نية الطلاق. ألا ترى أنه لا يملك إيقاعه بنفسه من غير نية الطلاق، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير نية الطلاق، حتى لو قال الزوج: ما أردت به الطلاق يصدق ولا يصير الأمر بيدها، لأن هذا التصرف يحتمل الطلاق ويحتمل غيره إلا إذا كان الحال حال الغضب والخصومة أو حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في القضاء لأن الحال تدل على إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق في العدول عن الظاهر، فإن ادعت المرأة أنه أراد به الطلاق أو ادعت أن ذلك كان في حال الغضب أو في حال ذكر الطلاق وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه،

---

(١) فهي واحدة بائنة لأن قوله تعالى: ﴿إن كنتن تُرِدْن الحياة الدُّنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ يقتضي تخييرهن بين الفراق وبين النبي ﷺ لأن قوله: ﴿وإن كنتنّ تردن الله ورسوله﴾ يدل على إضمار اختيارهن فراق النبي ﷺ. وروي عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنه أنهما قالا: «إذا اختارت نفسها فواحدة بائنة».
انظر «فتح القدير» (٤/ ٧٦ ـ ٧٩) و «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» (٢/ ٦٩٠).

لأنها تدعي عليه الطلاق وهو ينكر، فإن أقامت البينة أن ذلك كان في حال الغضب أو ذكر الطلاق قبلت بينتها، لأن حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها ويتعلق علمهم بها، فكانت شهادتهم عن علم بالمشهود به فتقبل.

ولو أقامت البنية على أنه نوى الطلاق لا تقبل بينتها لأنه لا وقوف للشهود على النية لأنه أمر في القلب فكانت هذه شهادة لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل. والثاني: علم المرأة بجعل الأمر بيدها وهي غائبة أو حاضرة لم تسمع لا يصير الأمر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر، لأن معنى صيرورة الأمر بيدها في الطلاق هو ثبوت الخيار لها وهو اختيارها نفسها بالطلاق أو زوجها بترك الطلاق اختيار الإيثار، وهذا لا يتحقق إلا بعد العلم بالتخيير، فإذا علمت بالتخيير صار الأمر بيدها في أي وقت علمت إن كان التفويض مطلقاً عن الوقت، وإن كان مؤقتاً بوقت وعلمت في شيء من الوقت صار الأمر بيدها.

فأما إذا علمت بعد مضي الوقت كله لا يصير الأمر بيدها بهذا التفويض أبداً لأن ذلك علم لا ينفع، لأن التفويض المؤقت بوقت ينتهي عند انتهاء الوقت فلو صار الأمر بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه وهذا لا يجوز.

وأما بيان شرط بقاء هذا الحكم وما يبطل به وما لا يبطل فلن يمكن معرفته إلا بعد معرفة أقسام الأمر باليد، فنقول وبالله التوفيق: جعل الأمر باليد لا يخلو إما أن يكون منجزاً وإما أن يكون معلقاً بشرط وإما أن يكون مضافاً إلى وقت، والمنجز لا يخلو إما أن يكون مطلقاً وإما أن يكون مؤقتاً، فإن كان مطلقاً بأن قال: أمرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس، وهو مجلس علمها بالتفويض فما دامت في مجلسها فالأمر بيدها، لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها، لأنه جعل أمرها في الطلاق بيدها تتصرف فيه برأيها وتدبيرها كيف شاءت بمشيئة الإيثار، وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئة الإيثار/ والزوج يملك [أ/٧٣/ج] التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التمليك مقيد بالمجلس، لأن الزوج يملك الخطاب، وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فيتقيد جواب التمليك بالمجلس كما في قبول البيع وغيره، وسواء قصر المجلس أو طال، لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة، لأن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل والتفكر وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأوقات ولا ضابط له إلا المجلس فقدر بالمجلس ولهذا جعله الصحابة رضي الله عنهم للمخيرة، فيبقي الأمر في يدها ما بقي المجلس، فإن قامت عن مجلسها بطل لأن الزوج يطلب جواب التمليك في المجلس، والقيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك فكان رداً للتمليك دلالة، ولأن المالك لما طلب الجواب في المجلس لا يملك الجواب في غير المجلس، لأنه ما ملكها في غيره، وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن في بقاء الأمر فائدة فيبطل وكذلك إذا وجد منها قول أو فعل يدل على إعراضها عن الجواب بأن دعت بطعام لتأكل أو أمرت وكيلها بشيء أو خاطبت إنساناً ببيع أو شراء أو كانت قائمة فركبت أو راكبة فانتقلت إلى دابة أخرى أو واقفة فسارت أو امتشطت أو اغتسلت أو مكنت زوجها حتى وطئها أو اشتغلت بالنوم، لأن هذا كله دليل الإعراض عن الجواب. وإن كانت سائرة أو كانا في محمل واحد فإن أجابت على الفور وإلا بطل خيارها، لأن سير الدابة بتسيير الراكب، وإن كانت سائرة فوقفت الدابة فهي على خيارها،

وإن كانت في سفينة فسارت لا يبطل خيارها لأن حكمها حكم البيت، وكل ما يبطل به الخيار إذا كانت في البيت. يبطل به إذا كانت في السفينة، وما لا فلا.

فإن كانت قائمة فقعدت لم يبطل خيارها، بخلاف ما إذا كانت قاعدة فقامت لأن القعود يجمع الرأي، والقيام يفرقه فكان القعود دليل إرادة التأمل، والقيام دليل إرادة الإعراض، وكذلك إن كانت متكئة فقعدت لم يبطل خيارها لما قلنا فإن كانت قاعدة فاتكأت ففيه روايتان، في رواية يبطل خيارها لأن المتكىء يقعد ليجتمع رأيه، فأما القاعد فلا يتكىء لذلك. وفي رواية أخرى لا يبطل لأن المتأمل ينتقل من الاتكاء إلى القعود مرة، ومن القعود إلى الاتكاء أخرى وقد صار الأمر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك، فلو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها في قول زفر.

وعن أبي يوسف روايتان، روى الحسن بن زياد عنه أنه لا يبطل خيارها وروى الحسن بن أبي مالك[1] عنه: أنه يبطل كما قال زفر، وإن ابتدأت الصلاة بطل خيارها فرضاً كانت الصلاة أو نفلاً أو واجبة، لأن اشتغالها بالصلاة إعراض عن الجواب، فإن خيرها وهي في الصلاة فأتمتها، فإن كانت في صلاة الفرض أو الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة لأنها مضطرة في الإتمام لكونها ممنوعة من الإفساد فلا يكون الإتمام دليل الإعراض.

وإن كانت في صلاة التطوع فإن سلمت على رأس الركعتين فهي على خيارها وإن زادت على ركعتين بطل خيارها، لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع بمنزلة الشرع في الصلاة ابتداء.

ولو أخبرت وهي في الأربع قبل الظهر فأتمت ولم تسلم على رأس الركعتين اختلف فيه المشايخ.

قال بعضهم: يبطل خيارها كما في التطوع المطلق.

وقال بعضهم: لا يبطل وهو الصحيح لأنها في معنى الواجب فكانت من أولها إلى آخرها صلاة واحدة، ولو أخذ الزوج بيدها فأقامها بطل خيارها لأنها إن قدرت على الامتناع فلم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو دليل الإعراض، وإن لم تقدر على أن تمتنع تقدر على أن تقول قبل الإقامة اخترت نفسي، فلما لم تقل فقد أعرضت عن الجواب، فإن أكلت طعاماً يسيراً من غير أن تدعو بطعام، أو شربت شراباً قليلاً أو نامت قاعدة أو لبست ثوباً وهي قائمة أو لبست وهي قاعدة ولم تقم لم يبطل خيارها لأنها تحتاج إلى إحضار الشهود فتحتاج إلى اللبس لتستتر به فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به، والأكل اليسير لا يدل على الإعراض، وكذا النوم قاعدة من غير أن تشتغل به، وكذا إذا سبحت أو قرأت شيئاً قليلاً لم يبطل خيارها، لأن التسبيح اليسير والقراءة القليلة لا يدلان على الإعراض، ولأن/ الإنسان لا يخلو عن التسبيح القليل، [ب/٧٣/ج] والقراءة القليلة، فلو جعل ذلك مبطلاً للخيار لانسد باب التفويض، وإن طال ذلك بطل الخيار لأن الطويل منه يكون دليل الأعراض ولا يكثر وجوده، فإن قالت ادع لي شهوداً أشهدهم لم يبطل خيارها لأنها تحتاج إلى ذلك صيانة لاختيارها عن الجحود فكان ذلك من ضرورات الخيار فلم يكن دليل الإعراض، وكذلك إذا

(١) الحسن بن أبي مالك: تقدم ذكره.

قالت ادع لي أبي أستشيره لأن هذا أمر يحتاج إلى المشورة. وقد روي: «أن رسول الله ﷺ لما أراد تخيير نسائه قال لعائشة رضي الله عنها **إني أعرض عليك أمراً فلا تعجلي حتى تستشيري أبويك**»، ولو كانت المشورة مبطلة للخيار لما ندبها إلى المشورة ولو قالت: اخترتك أو قالت: لا أختار الطلاق خرج الأمر من يدها لأنها صرحت برد التمليك وأنه يبطل بدلالة الرد فبالصريح أولى، وسواء كانت التمليك بكلمة كلما أو بدونها بأن قال لها أمرك بيدك كلما شئت لما ذكرنا أن اختيارها زوجها رد للتمليك فيرتد ما جعل إليها في جميع الأوقات. هذا إذا كان التفويض مطلقاً عن الوقت فأما إذا كان مؤقتاً، فإن أطلق الوقت بأن قال: أمرك بيدك إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى ما شئت أو حيثما شئت فلها الخيار في المجلس وغير المجلس ولا يتقيد بالمجلس، حتى لو ردت الأمر لم يكن رداً.

ولو قامت من مجلسها، أو أخذت في عمل آخر أو كلام آخر فلها أن تطلق نفسها لأنه ما ملكها الطلاق مطلقاً ليكون طالباً جوابها في المجلس، بل ملكها في أي وقت شاءت فلها أن تطلق نفسها في أي وقت شاءت إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها إلا مرة واحدة لما نذكر.

فإن وقته بوقت خاص بأن قال أمرك بيدك يوماً أو شهراً أو سنة، أو قال اليوم أو الشهر أو السنة، أو قال هذا اليوم أو هذا الشهر أو هذه السنة لا يتقيد بالمجلس ولها الأمر في الوقت كله تختار نفسها فيما شاءت منه.

ولو قامت من مجلسها أو تشاغلت بغير الجواب لا يبطل خيارها ما بقي الوقت بلا خلاف، لأنه فوض الأمر إليها في جميع الوقت المذكور فيبقى ما بقي الوقت، ولأنه لو بطل الأمر بإعراضها لم يكن للتوقيت فائدة وكان الوقت وغير الوقت سواء، غير أنه إن ذكر اليوم أو الشهر أو السنة منكراً فلها الأمر من الساعة التي تكلم فيها إلى مثلها من الغد والشهر والسنة، لأن ذلك يقع على يوم تام وشهر تام وسنة تامة ولا يتم إلا بما قلنا ويكون الشهر ههنا بالأيام، لأن التفويض إذا وجد في بعض الشهر لا يمكن اعتبار الأهلة فيعتبر بالأيام، وإن ذكر ذلك معرفاً فلها الخيار في بقية اليوم وفي بقية الشهر وفي بقية السنة، لأن المعرف منه يقع على الباقي ويعتبر الشهر ههنا بالهلال، لأن الأصل في الشهر هو الهلال والعدول عنه إلى غيره لمكان الضرورة، ولا ضرورة ههنا، ولو اختارت نفسها في الوقت مرة ليس لها أن تختار مرة أخرى لأن اللفظ يقتضي الوقت ولا يقتضي التكرار.

ولو قالت: اخترت زوجي أو قالت لا أختار الطلاق ذكر في بعض المواضع أن على قول أبي حنيفة ومحمد يخرج الأمر من يدها في جميع الوقت حتى لا تملك أن تختار نفسها بعد ذلك وإن بقي الوقت، وعند أبي يوسف يبطل خيارها في ذلك المجلس ولا يبطل في مجلس آخر، وذكر في بعضها الاختلاف على العكس من ذلك.

وجه قول من قال: إنه لا يخرج الأمر من يدها أنه جعل الأمر بيدها في جميع الوقت فإعراضها في بعض الوقت لا يبطل خيارها في الجميع كما إذا قامت من مجلسها أو اشتغلت بأمر يدل على الإعراض.

وجه قول من يقول: إنه يخرج الأمر من يدها أن قولها اخترت زوجي رد للتمليك، والتمليك تمليك

واحد فيبطل برد واحد كتمليك البيع بخلاف القيام عن المجلس، لأنه ليس برد حقيقة بل هو امتناع من الجواب إلا أنه جعل رداً في التفويض المطلق من الوقت ضرورة أن الزوج طلب الجواب في المجلس، والمجلس يبطل بالقيام، فلو بقي الأمر بقي خالياً عن الفائدة فبطل ضرورة عدم الفائدة في البقاء، وهذه الضرورة منعدمة ههنا، لأن الزوج طلب منها الجواب في جميع الوقت لا في المجلس فكان في بقاء الأمر بعد القيام عن المجلس فائدة فيبقى، ولأن الزوج خيرها بين أن تختار نفسها وبين أن تختار زوجها، ولو اختارت نفسها يبطل خيارها في جميع المدة، فكذا إذا اختارت زوجها، /وروى ابن سماعة عن أبي يوسف [أ/٧٤/ج] أنه إذا قال: أمرك بيدك هذا اليوم كان على مجلسها لأن في الفصل الأول جعل اليوم كله ظرفاً للأمر باليد، كما لو قال لله علي أن أصوم عمري أنه يلزمه صوم جميع عمره، لأنه جعل عمره ظرفاً للصوم فإذا صار اليوم كله ظرفاً للأمر باليد فلا يتقيد بالمجلس.

وفي الفصل الثاني: جعل جزأ من اليوم ظرفاً كما لو قال لله علي أن أصوم في عمري أنه لا يلزمه إلا صوم يوم واحد، لأنه جعل جزأ من عمره ظرفاً للصوم وإذا صار جزأ من اليوم ظرفاً للأمر. وليس جزء أولى من جزء فيختص بالمجلس.

ولو قال: أمرك بيدك إلى رأس الشهر صار الأمر بيدها إلى رأس الشهر ولا يبطل بالقيام عن المجلس والاشتغال بترك الجواب وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

وأما التفويض المعلق بشرط فلا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون مطلقاً عن الوقت، وإما أن يكون مؤقتاً، فإن كان مطلقاً بأن قال: إذا قدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان فالأمر بيدها إذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه فلان، لأن المعلق بشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قائلاً عند القدوم أمرك بيدك، فإذا علمت بالقدوم كان لها الخيار في مجلس علمها، وإن كان مؤقتاً بأن قال: إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوماً أو قال اليوم الذي يقدم فيه فلان فإذا قدم فلها الخيار في ذلك الوقت كله إذا علمت بالقدوم غير أنه إذا ذكر اليوم منكراً يقع على يوم تام بأن قال: إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوماً، وإن عرفه يقع على بقية اليوم الذي يقدم فيه ولا يبطل بالقيام عن المجلس وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما ذكرنا من الاختلاف، وليس لها أن تختار نفسها في الوقت كله إلا مرة واحدة لما بينا، ولو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت ثم علمت فلا خيار لها بهذا التفويض أبداً لما مر.

وأما المضاف إلى الوقت بأن قال أمرك بيدك غداً أو رأس شهر كذا فجاء الوقت صار الأمر بيدها، لأن الطلاق يحتمل الإضافة إلى الوقت فكذا تمليكه وكان على مجلسها من أول الغد ورأس الشهر وأول الغد من حين يطلع الفجر الثاني ورأس الشهر ليلة الهلال ويومها.

وإن قال: أمرك بيدك إذا هل الشهر يصير الأمر بيدها ساعة يهل الهلال ويتقيد بالمجلس.

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وغداً، أو قال أمرك بيدك هذين اليومين فلها الأمر في اليومين تختار نفسها في أيهما شاءت ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقي شيء من الوقتين، وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على

ما مر من الاختلاف، ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد فاختارت زوجها اليوم فلها أن تختار نفسها بعد غد، وكذلك إذا ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد حتى كان لها أن تختار نفسها بعد غد، ذكر القدوري هذه المسألة، ونسب القول إلى أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذكرها في «الجامع الصغير» ولم يذكر الاختلاف، والوجه أنه جعل الأمر بيدها في وقتين وجعل بينهما وقتاً لا خيار لها فيه فصار كل واحد من الوقتين شيئاً منفصلاً عن صاحبه مستقلاً بنفسه في الأمر مفرداً به فيتعدد التفويض معنى كأنه قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد فرد الأمر في أحدهما لا يكون رداً في الآخر بخلاف قوله: أمرك بيدك اليوم أو الشهر أو السنة، أو اليوم أو غداً أو هذين اليومين على قول من يقول يبطل الأمر، لأن هناك الزمان زمان واحد لا يتخلله ما لا خيار لها فيه فكان التفويض واحداً فرد الأمر فيه يبطله.

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً فهما أمران حتى لو اختارت زوجها اليوم أو ردت الأمر فهو على خيارها غداً لأنه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد أحدهما لا يكون رداً للآخر، ولو اختارت نفسها في اليوم فطلقت ثم تزوجها قبل مجيء الغد فأرادت أن تختار فلها ذلك وتطلق أخرى إذا اختارت نفسها، لأنه ملكها بكل واحد من التفويضين طلاقاً، فالإيقاع بأحدهما لا يمنع من الإيقاع بالآخر.

ولو قال لها: أمرك بيدك هذه السنة فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها أن تختار في بقية السنة في قول أبي يوسف. وقال أبو يوسف: وقياس قول أبي حنيفة أن يلزمها الطلاق في الخيار الثاني، ولست أروي هذا عنه، ولكن هذا قياس/ قوله، ولو كان ترك القياس واستحسن لكان مستقيماً ولو لم تختر نفسها [ب/٧٤/ج] ولا زوجها ولكن الزوج طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها في تلك السنة فلا خيار لها في بقية السنة في قول أبي يوسف، وعند أبي حنيفة لها الخيار.

وجه قول أبي يوسف: أن الزوج تصرف فيما فوض إليها فيخرج الأمر من يدها كالموكل إذا باع ما وكل ببيعه أنه ينعزل الوكيل.

ولأبي حنيفة: أن جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق فزوال الملك لا يبطله ما دام طلاق الملك الأول قائماً كما في سائر التعليقات.

وقوله: الزوج تصرف فيما فوض إليها ليس كذلك، لأنه يملك ثلاث تطليقات ولم يفوض إليها إلا واحدة فيقتضي خروج المفوض من يده لا غير، كما إذا وكل إنساناً يبيع ثوبين له فباع الموكل أحدهما لم تبطل الوكالة لما قلنا كذا هذا.

وأما بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض فمن صفته أنه غير لازم في حق المرأة حتى تملك رده صريحاً أو دلالة لما ذكرنا أن جعل الأمر بيدها تخيير لها بين أن تختار نفسها وبين أن تختار زوجها والتخيير ينافي اللزوم ومن صفته أنه إذا خرج الأمر من يدها لا يعود الأمر إلى يدها بذلك الجعل أبداً وليس لها أن تختار إلا مرة واحدة، لأن قوله: أمرك بيدك لا يقتضي التكرار إلا إذا قرن به ما يقتضي التكرار بأن قال أمرك بيدك كلما شئت فيصير الأمر بيدها في ذلك وغيره ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين

بثلاث، لأن كلمة كلما تقتضي تكرار الأفعال، قال الله تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلودُهم بدّلناهم جُلوداً غيرها﴾[1]، وقال: ﴿كُلَّمَا أَوْقَدُوا نَاراً للحَرْبِ أطفأها اللَّهُ﴾[2] فيقتضي تكرار التمليك عند تكرار المشيئة إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها في كل مجلس إلا تطليقة واحدة، لأنه يصير قائلاً لها في كل مجلس أمرك بيدك، فإذا اختارات فقد انتهى موجب ذلك التمليك ثم يتجدد لها الملك بتمليك آخر في مجلس آخر عند مشيئة أخرى إلى أن يستوفيَ ثلاثَ تطليقاتٍ، فإن بانَت بثلاثِ تطليقاتٍ ثم تزوجت بزوجٍ آخر وعادت إلى الزوج الأول فلا خيار لها، لأنها إنما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج، والزوج إنما ملّكها ما كان يملك بنفسه وهو إنما كان يملك بنفسه طلقاتِ ذلك المِلْك القائم لا طلقات ملك لم يوجد فما لا يملك بنفسه كيف يملّكه غيره، وإن بانت بواحدةٍ أو اثنتين ثم تزوجت بزوجٍ آخر ثم عادت فلها أن تشاء الطلاق مرة بعد أخرى حتى تستوفيَ الثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد، وهو قول الشافعي بناءً على أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث من التطليقات، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم؛ بخلاف ما إذا قال لها أمرك بيدك إذا شئتِ أو إذا ما شئتِ أو متى شئتِ أو متى ما شئتِ أن لها الخيار في المجلس أو غيره لكنها لا تملك أن تختار إلا مرة واحدة، فإذا اختارت مرة لا يتكرر لها الخيار في ذلك، لأن إذا ومتى لا تفيد التكرار وإنما تفيد مطلقَ الوقت كأنه قال لها اختاري في أي وقت شئت فكان لها الخيار في المجلس وغيره لكن مرة واحدة، فإذا اختارت مرةً واحدة انتهى موجب التفويض بخلاف الفصل الأول، لأن كلّما يقتضي تكرار الأفعال فيتكرر التفويض عند تكرار المشيئة والله تعالى أعلم.

وأما بيان ما يصلح جواب جعل الأمر باليد من الألفاظ وما لا يصلح، وبيان حكمه إذا وُجِدَ، فالأصل فيه أنّ كلّ ما يصلح من الألفاظ طلاقاً من الزوج يصلح جواباً من المرأة وما لا فلا إلا في لفظ الاختيار خاصةً فإنه لا يصلح طلاقاً من الزوج ويصلح جواباً من المرأة في الجملة بخلاف الأصل، لأن التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها فما يملكه بنفسه يملك تمليكه من غيره وما لا فلا هو الأصل.

إذا عرف هذا فنقول: إذا قالت طلقتُ نفسي أو أبنتُ نفسي أو حرمت نفسي يكون جواباً، لأن الزوج لو أتى بهذه الألفاظ كان طلاقاً.

وكذا إذا قالت: أنا منك بائن أو أنا عليك حرام، لأن الزوج لو قال لها أنتِ منّي بائن أو أنت عليّ حرام كان طلاقاً.

وكذا إذا قالت لزوجها: أنتَ مني بائن أو أنتَ عليَّ حرام، لأن الزوج لو قال لها ذلك كان طلاقاً.

ولو قالت: أنا بائن ولم تقل منك، أو قالت أنا حرامٌ ولم تقل عليك فهو جوابٌ، لأن الزوج لو قال لها أنت بائن أو أنت حرام ولم يقل مني وعليّ كان طلاقاً، ولو قالت لزوجها أنت بائن ولم تقل مني، أو قالت لزوجها أنت حرام ولم تقل عليَّ فهو/ باطل، لأن الزوج لو قال لها أنا بائن أو أنا حرام لم يكن طلاقاً. [٧٥/أ/ج]

ولو قالت أنا منك طالق فهو جواب، لأنه لو قال لها أنت طالق مني كان طلاقاً، وكذا لو قالت لزوجها

(١) سورة النساء، الآية: (٥٦).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٦٤).

أنا طالق ولم تقل منك، لأن الزوج لو قال أنت طالق ولم يقل مني كان طلاقاً.

ولو قالت لزوجها أنت مني طالق لم يكن جواباً، لأن الزوج لو قال لها أنا منك طالقٌ لم يكن طلاقاً عندنا خلافاً للشافعي[1].

ولو قالت: اخترت نفسي كان جواباً، وإن لم يكن هذا اللفظ من الزوج طلاقاً وإنه حكم ثبت شرعاً بخلاف القياس بالنص وإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

وأما الواقع بهذه الألفاظ التي تصلح جواباً فطلاقٌ واحدٌ بائنٌ عندنا إن كان التفويض مطلقاً عَنْ قرينة الطلاق، بأن قال لها أمرك بيدك، ولم ينو الثلاثَ أما وقوع الطلقة الواحدة فلأنه ليس في التفويض ما ينبىء عن العدد، وأما كونها بائنة فلأن هذه الألفاظ جوابُ الكناية، والكنايات على أصلنا مبينات، ولأن قوله أمرك بيدك جعل أمرها نفسها بيدها، فتصير عند اختيارها نفسها مالكةً نفسَها وإنما تصير مالكةً نفسها بالبائن لا بالرجعي، وإن قَرَنَ به ذكرَ الطلاق بأن قال أمركِ بيدكِ في تطليقةٍ فاختارتْ نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لأنه فوّض إليها الصريح حيث نصَّ عليه، وبه تبيّنَ أنه ما ملّكها نفسَها وإنما ملكها التطليقة وخيّرها بين الفعل والترك. عرفنا ذلك بنص كلامه بخلاف ما إذا أطلق، لأنه لما أطلق فقد ملّكها نفسَها ولا تملك نفسها إلا بالبائن.

ولو قال: أمرك بيدك ونوى الثلاث فطلقت نفسها ثلاثاً كان ثلاثاً، لأنه جعل أمرها بيدها مطلقاً فيحتمل الواحد، ويحتمل الثلاث، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله مطلقُ الأمر فصحّت نيتُه، وإن نوى اثنتين فهيَ واحدةٌ عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم.

وكذا إذا قالت: طلقتُ نفسي أو اخترت نفسي ولم تذكر الثلاث فهي ثلاث لأنه جواب تفويض الثلاث فيكون ثلاثاً، وكذا إذا قالت أبنتُ نفسي أو حرّمتُ نفسي وغير ذلك من الألفاظ التي تصلح جواباً.

ولو قالت: طلقتُ نفسي واحدةً أو اخترتُ نفسي بتطليقةٍ فهي واحدةٌ بائنة لأنه لما نوى ثلاثاً فقد فوّض إليها الثلاث وهي أتت بالواحدة فيقعُ واحدةً كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة فتكون بائنة، لأنه ملّكها نفسها ولا تملك نفسها إلا بالبائن.

ولو قالت: اخترت نفسي بواحدةٍ فهو ثلاث فرقاً بينه وبين قولها طلقتُ نفسي واحدةً، وجه الفرق أنّ معنى قولها بواحدة، أي بمرةٍ واحدةٍ وهي عبارة عن توحد فعل الاختيار على وجه لا يحتاج بعده إلى اختيار آخر وانقطاع العلقة بينهما بالكلية بحيث لا يبقى بينهما أمر بعد ذلك وذلك إنما يكون بالثلاث، بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة، لأنها جعلت التوحد هناك صفة المختار وهو الطلاقُ لا صفة فعل الاختيار فهو الفرق بين الفصلين والله أعلم.

فصل: وأما قوله: اختاري فالكلام فيه يقع فيما ذكرنا من المواضع في الأمر باليد والجواب فيه كالجواب في الأمر باليد في جميع ما وصفنا، لأن كل واحدةٍ منهما تمليكُ الطلاق من المرأة وتخييرها بين أن

---

(١) انظر «المهذب» (٢/ ٨١) و «الوجيز» (٢/ ٥٨) و «المنهاج» صفحة (١٠٧).

تختار نفسها أو زوجَها، لا يختلفان إلا في شيئين: أحدهما أنّ الزوج إذا نوى الثلاث في قوله أمرك بيدك يصح وفي قوله اختاري لا يصح نية الثلاث.

والثاني: أن في اختاري لا بدّ من ذكر النفس في أحد الكلامين، إما في تفويض الزوج، وإما في جواب المرأة بأن يقول لها اختاري نفسك وتقول اخترت أو يقول لها اختاري فتقول اخترت نفسي أو ذكر الطلاق في كلام الزوج أو في كلام المرأة بأن يقول لها اختاري فتقول اخترتُ الطلاق أو ذكر ما يدل على الطلاق وهو تكرار التخيير من الزوج بأن يقول لها اختاري اختاري فتقول اخترت أو ذكر الاختيارة في كلام الزوج أو في كلام المرأة بأن يقول لها الزوج اختاري اختيارة فتقول المرأة اخترت اختيارةً وإنما كان كذلك لأن القياس في قوله اختاري أن لا يقع به شيء وإن اختارت، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغةً.

[ب/٧٥/ج] ألا ترى أن الزوج لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، فإنّ مَن قال لامرأته/ اخترتُ نفسي لا تطلق فإذا لم يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه إلى غيره إلا أنه جعل من ألفاظ الطلاق شرعاً بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّها النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الحَيَاةَ الدُّنْيَا وزينَتَها فتعالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسرِّحْكُنَّ سَراحاً جميلا﴾[1] إلى قوله: ﴿أجراً عظيماً﴾ أمر الله تعالى نبيه ﷺ بتخيير نسائه بين اختيار الفراق والبقاء على النكاح، والنبي ﷺ خيَّرَهُنَّ على ذلك ولو لم تقع الفرقة به لم يكن للأمر بالتخيير معنًى.

وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «لما أمر رسول الله ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي، فقال يا عائشة إني ذاكرٌ لكِ أمراً فلا عَليك أن تعجلي حتى تستأمري أبويكِ قالت: وقد علم الله تعالى أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه قالت فقرأ: ﴿يا أيُّها النبيُّ قُلْ لأزواجكَ إنْ كنتُنَّ تردْنَ الحياةَ الدُّنْيا وزينتَها فتعالَيْنَ أمتعكنَّ وأسرِّحْكُنَّ سراحاً جميلا﴾[2] إلى قوله: ﴿أجراً عظيماً﴾ فقلت أفي هذا أستأمرُ أبويَّ فإني أريدُ اللّهَ ورسولَه والدارَ الآخرةَ»[3] وفي بعض الروايات فقالت: «بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة» وفعل سائر أزواجه مثل ما فعلت فدل أنه يوجب اختيار التفريق والبقاء على النكاح.

وأما الإجماع: فإنه روي عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وجابر وعائشة رضي الله عنهم أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق، وكذا شبهوا أيضاً هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح وهو خيار المعتقة وامرأة العنين وتقع الفرقة بذلك الخيار فكذا بهذا، وكذا اختلفوا في كيفية الواقع على ما نذكر، وذلك دليلُ أصل الوقوع إذ الكيفية من باب الصفة والصفة تستدعي وجودَ الموصوف فثبتَ كونُ هذا اللفظ من ألفاظ الطلاق بالشرع فيتبع مورد الشرع، والشرع وَرَدَ به مع قرينةِ الفراق نصاً أو دلالةً أو قرينةِ النفس، فإن اختيار الفراق مضمر في قوله تعالى: ﴿إن

(١) سورة الأحزاب، الآية: (٢٨).
(٢) سورة الأحزاب، الآية: (٢٨).
(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٣٣، ١٦٣، ١٨٥، ٢٦٣) ومسلم في «الصحيح» كتاب الطلاق باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً (١٤٧٨).

كنتُنَّ تردْنَ الحياةَ الدنيَا وزينتَها﴾[1] بدليل ما يقابله وهو قوله: ﴿وإنْ كنتُنَّ تردْنَ اللّهَ ورسولَه﴾ فدلَّ على إضمار اختيار الفراق كأنه قال: ﴿إن كنتُنَّ تردْنَ الحياةَ الدنيَا وزينتَها﴾ مع اختيار فراق رسول الله ﷺ فكان ذلك تخييراً لهنّ بين أن يخترن الحياة الدنيا وزينتها مع اختيار فراق رسول الله ﷺ وبين أن يخترن الله ورسوله والدار الآخرة فكنَّ مختارات للطلاق لو اخترن الدنيا أو كان اختيارُهنَّ الدنيا وزينتها اختياراً لفراق رسول الله ﷺ إذ لم يكن معه الدنيا وزينتها، والصحابة رضي الله عنهم جعلوا للمخيَّرة المجلس.

وقالوا: إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق عليها فهذا مورد الشرع في هذا اللفظ فيقتصر حكمه على مورد الشرع.

فإذا قال لها: اختاري.

فقالت: اخترت لا يقع به شيء، لأنه ليس في معنى مورد الشرع فيبقى الأمر فيه على أصل القياس فلا يصلح جواباً، ولأن قوله اختاري معناه اختاري إيايَ أو نفسَك، فإذا قالت اخترتُ فلم تأت بالجواب، لأنها لم تختر نفسها ولا زوجَها، لم يقع فيه شيء، وإذا قال لها اختاري نفسك فقالت اخترتُ فهذا جواب لأنها أخرجتْه مخرج الجواب كقوله اختاري نفسك فينصرف إليها كأنها قالت اخترتُ نفسي، وكذا إذا قال لها اختاري، فقالت اخترت نفسي لما ذكرنا أن معنى قوله: اختاري أي اختاري إياي أو نفسك وقد اختارت نفسَها فقد أتت بالجواب، وكذا لو قالت أختارُ نفسي يكون جواباً استحساناً.

والقياس: أن لا يكون جواباً، لأن قولها أختار يحتمل الحالَ، ويحتمل الاستقبالَ فلا يكون جواباً مع الاحتمال.

وجه الاستحسان: أنّ صيغة أَفعلُ موضوعةٌ للحال وإنما تستعملُ للاستقبال بقرينة السين وسوفَ على ما عرف في موضعه، وكذا إذا قال اختاري اختاري فقالت اخترتُ فيكون جواباً، وإن لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعاً، لأن تكرار الاختيار دليل إرادة اختيار الطلاق، لأنه هو الذي يقبل التعدّد، كأنه قال اختاري الطلاق فينصرف إلجوابُ إليه، وكذا إذا قال: اختاري اختيارةً فقالت اخترتُ اختيارةً فهو جواب، لأن قوله اختيارة يفيد معنيين:

أحدهما: تأكيد الأمر والثاني: معنى التوحّد والتفرد فالتقييد بما يوجب التفرد يدل على أنه أراد به التخيير فيما يقبل التعدد وهو الطلاق، وإذا قال لها اختاري الطلاق، فقالت اخترت فهو جواب، لأنه فوّض إليها/ اختيارَ الطلاق نصّاً فينصرف الجواب إليه، وكذا إذا قال لها: اختاري، فقالت: اخترتُ الطلاقَ لأن معنى [١/٧٦/ج] قوله اختاري أي اختاري إياي أو نفسك، فإذا قالت: اخترت الطلاق فقد اختارت نفسها فكان جواباً.

ولو قال لها: اختاري فقالت: اخترت أبـي وأمي أو أهلي والأزواجَ فالقياس أن لا يكون جواباً ولا يقع به شيء، وفي الاستحسان يكون جواباً.

وجه القياس: أنه ليس في لفظ الزوج ولا في لفظ المرأة ما يدل على اختيارها نفسها فلا يصلح جواباً.

---

(١) سورة الأحزاب، الآية: (٢٩).

وجه الاستحسان: أن في لفظها ما يدلّ على الطلاق، لأن المرأة بعد الطلاق تلحق بأبويها وأهلها وتختار الأزواج عادةً فكان اختيارها هؤلاء دلالةً على اختيارها الطلاق فكأنها قالت: اخترت الطلاق.

وأما الواقع بهذه الألفاظ فإن كان التخيير واحداً ولم يذكر الثلاث في التخيير فلا يقع إلا طلاق واحد، وإن نوى الثلاث في التخيير ويكون بائناً عندنا إن كان التفويضُ مطلقاً عن قرينة الطلاق.

وقال الشافعي[١]: إذا أراد الزوج بالتخيير الطلاق فاختارت نفسها ونوت الطلاق يقع واحدةً رجعيةً، وهذا مذهبه في الأمر باليد أيضاً، وقد اختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيمن خيّر امرأتَه فاختارت زوجها أو اختارت نفسها قال بعضهم: إن اختارت زوجها لا يقع شيءٌ، وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود وأبي الدرداء وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

وروي عن علي رضي الله عنه أنها إذا اختارت زوجها يقع تطليقة رجعية والترجيح لقول الأولين لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «**خيَّرَنَا رسولُ الله ﷺ فاخترناهُ فلَمْ يعدَّ ذلك طلاقاً**»[٢].

وعن مسروق عن عائشة رضي الله عنها: «**أنها سُئلتْ عَنِ الرجلِ يخيِّر امرأتَه يكون طلاقاً؟ فقالت خيَّرنا رسولُ الله ﷺ فكان طلاقاً**»[٣] ولأن التخيير إثبات الخيار في الفراق والبقاء على النكاح واختيارها زوجها دليل الإعراض عن ترك النكاح والإعراض عن ترك النكاح استبقاءُ النكاح فكيف يكون طلاقاً، ولو اختارت نفسها، قال بعضهم: هي واحدة بائنة وهو إحدى الروايتين عن علي، وقال بعضهم: هي واحدة رجعية.

وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه: إذا اختارت نفسها فهو ثلاث والترجيح لقول من يقول يقع بائناً لا رجعياً ولا ثلاثاً، أما وقوع البائن فلأنّ الزوج خيّرها بين أن تختار نفسها لنفسها وبين أن تختار نفسها لزوجها، فإذا اختارت نفسها لنفسها لو كان الواقع رجعياً لم يكن اختيارها نفسها لنفسها بل لزوجها إذ لزوجها أن يراجعها شاءت أو أبت.

وأما عدم وقوع الثلاث وإن وُجِدَتْ نيةُ الثلاث في التخيير، فلما ذكرنا أن القياس أن لا يقع بالاختيار شيء، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق وإنما جُعِلَ طلاقاً بالشرع ضرورةَ صحة التخيير وحق الضرورة يصير مقضياً بالواحدة البائنة وإن كان التفويض مقروناً بذكر الطلاق بأن قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهي واحدة رجعية، لأنه لما صرح بالطلاق فقد خيّرها بين نفسها بتطليقة رجعية وبين رد التطليقة، كما في قوله أمرك بيدك، فإن ذكر الثلاث في التخيير بأن قال لها اختاري ثلاثاً، فقالت: اخترتُ يقع الثلاث، لأن التنصيص على الثلاث دليل إرادة اختيار الطلاق، لأنه هو الذي يتعدد فقولها اخترتُ ينصرف إليه فيقع

---

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الطلاق باب من خيّر أزواجه... (٥٢٦٢) ومسلم في «صحيحه» كتاب الطلاق باب أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً (١٤٧٧).

(٣) هكذا في المطبوع (فكان طلاقاً) بالإخبار والإثبات والظاهر بحسب السباق والسياق وبحس الروايات في كتاب الحديث أن المراد منه الاستفهام (أفكان طلاقاً؟).
وهكذا رواه أحمد في «المسند» (٦/ ٩٧، ٢٠٢).

الثلاث، ولو كرر التخيير بأن قال لها اختاري اختاري ونوى بكل واحدةٍ منهما الطلاق، فقالت اخترتُ يقعُ ثنتان، لأنّ كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه لوجود ركنه وشرطه وهو النية، والثاني لا يصلح تفسيراً للأول، لأن الشيء لا يفسَّر بنفسه ولا يصلح جواباً أيضاً ولا علة ولا حكماً للأول فيكون كلاماً مبتدأً والتكرار دليل إرادة الطلاق فقولها اخترت يكون جواباً لهما جميعاً، والواقع بكلِ واحدٍ منهما طلاقٌ بائن فيقع تطليقتان بائنتان، وكذلك إذا ذكر الثاني بحرف الصلة بأن قال لها اختاري واختاري، أو قال اختاري فاختاري، لأن الواو والفاء من حروف العطف إلا أن الفاء قد تذكر في موضع العلة، وقد تذكر في موضع الحكم كما يقال أبشر فقد أتاك الغوث، ويقال: قد أتاك الغوث فأبشر لكن ههنا لا تصلح علةً ولا حكماً فتكون للعطف والمعطوف غير المعطوف عليه هو الأصل.

ولو قال لها: اختاري اختاري اختاري، أو قال:اختاري/ واختاري واختاري أو قال:اختاري فاختاري [ب/٧٦/ج] فاختاري، فقالت:اخترتُ فهي ثلاثٌ لما قلنا.

ولو قال لها: اختاري اختاري اختاري، فقالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة فهو ثلاث في قول أبي حنيفة، وعندهما يقع واحدة.

وجه قولهما: أنها ما أوقعت إلا واحدة فلا يقع إلا واحدة، لأن الوقوع باختيارها ولم يوجد منها إلا اختيار واحدة فلا تقع به الزيادة على الواحدة كما لو قال لها اختاري ثلاثاً، فقالت اخترت واحدة.

ولأبي حنيفة: أن الزوج ملكها الثلاث جملة، والثلاث جملة ليس فيها أُولىٰ ولا وسطى ولا أخيرة، فقولها اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة يكون لغواً فليبطل تعيينها ويبقى قولها اخترت وأنه يصلح جواب الكل.

وعلى هذا الخلاف إذا قال لها: اختاري واختاري واختاري، أو قال لها اختاري فاختاري فاختاري، فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة.

ولو قال لها: اختاري اختاري اختاري أو ذكر التخييرين بحرف الواو أو بحرف الفاء، فقالت قد اخترت اختيارةً فهو ثلاث في قولهم جميعاً، لأن معناه اخترتُ الكل مرةً فيقع الثلاث، وإن لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعاً لما ذكرنا أن التكرار من الزوج دليل إرادة اختيار الطلاق، وكذا إذا قالت اخترت الاختيارة، أو قالت اخترت مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة فهو ثلاث لما قلنا.

ولو قالت: قد طلقتُ نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لما ذكرنا في الأمر باليد.

ولو قال لها: اختاري اختاري اختاري بألف درهم، فقالت اخترتُ الأُولى أو الوسطى أو الأخيرة فهو ثلاث وعليها ألف درهم في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يقع إلا واحدة[1] غير أنها إن اختارت نفسها بالأخيرة كانت تطليقة واحدة وعليها ألف درهم، وإن اختارت نفسها بالأولى أو بالوسطى كانت واحدة ولا شيء عليها.

---

(١) انظر «فتح القدير» (٣/ ٨٧).

والأصل عند أبي حنيفة أن تعيين الأولى أو الوسطى أو الأخيرة لغوٌ، لأنه ملّكها الثلاث جملةً، والثلاث المملكة جملة ليس لها أولى ولا وسطى ولا أخيرة فكان التعيين ههنا لغواً فبطل التعيين وبقي قولها اخترتُ.

ولو قالت اخترتُ طلقت ثلاثاً وعليها الألف كذا هذا. والأصل عندهما أن اختيار الأولى أو الوسطى أو الأخيرة صحيحٌ ولا يقع إلا واحدةٌ غير أنهما يقولان لا يلزمها الألف إلا إذا اختارت الأخيرة، لأنّ كل واحد من التخييرات تخيير على حدة، لأنه كلام تام بنفسه ولم يذكر معه حرف الجمع فيجعل الكل كلاماً واحداً فبقي كل واحد منهما تخييراً تاماً بنفسه فَيُعْطَى لكل واحد منهما حكم نفسه والبدل لم يذكر إلا في التخيير الأخير فلا يجب إلا باختيار الأخيرة ولو ذكر حرف الواو أو حرف الفاء فقال اختاري واختاري واختاري بألف درهم، أو قال اختاري فاختاري فاختاري بألف درهم، فقالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة فعند أبي حنيفة لا يختلف الجواب فتطلق ثلاثاً وعليها ألف درهم لما ذكرنا، وعندهما لا يقع الطلاق في هذه الصورة، لأنه لما جمع بين التخييرات الثلاث بحرف الجمع جعل الكل كلاماً واحداً وقد أمرها أن تحرم نفسها عليه بألف درهم فلا تملك التحريم بأقل من ذلك كما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً بألف درهم فطلقت نفسها واحدة أنه لا يقع شيء لما قلنا كذا هذا والله أعلم بالصواب.

فصل: وأما قوله: أنت طالق إن شئت فهو مثل قوله اختاري في جميع ما وصفنا لأن كل واحد منهما تمليك الطلاق إلا أن الطلاق ههنا رجعي وهناك بائن، لأن المفوض ههنا صريح وهناك كناية، وكذا إذا قال لها أنت طالق إن أحببت أو رضيت أو هويت أو أردت، لأنه علق الطلاق بفعل من أفعال القلب فكان مثل قوله: إن شئت، وكذا إذا قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت أو أينما شئت أو حيثما شئت فهو مثل قوله إن شئت، لأن حيث وأين اسم مكان وما وصلة فيهما ولا تعلق للطلاق بالمكان فيلغو ذكرهما لعدم الفائدة ويبقى ذكر المشيئة فصار كأنه قال لها أنتِ طالق إن شئت، وكذا إذا قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت غير أن لها أن تطلق نفسها في المجلس ما شاءت واحدة أو ثنتين أو/ ثلاثاً، لأن كلمة كم للقدر وقدر [٧٧/أ ج] الطلاق هو العدد، والعدد هو الواقع وكذا كلمة ما في مثل هذا الموضع تذكر لبيان القدر، يقال كل من طعامي ما شئت أي القدر الذي شئت.

ولو قال لها: أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها أن تطلق نفسها في أي وقت شاءت في المجلس أو بغده وبعد القيام عنه لما مرّ، وليس لها أن تطلق نفسها إلا واحدة، لأنه ليس في هذه الألفاظ ما يدل على التكرار على ما مرّ، بخلاف قوله أنت طالق كلما شئت، فإنّ لها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تطلق نفسها ثلاثاً، لأن المعلق بالمشيئة وإن كان واحداً، وهو الثابت مقتضى قوله أنت طالق وهو الطلاق لكنه علق المشيئة بكلمة (كلّما) وإنها تقتضي تكرار الأفعال فيتكرر المعلق بتكرر الشرط وإذا وقع الثلاث عند المشيئات المتكررة يبطل التعليق عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول فطلقت نفسها لا يقع شيء وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً في كلمة واحدة لما ذكرنا فيما تقدم، ولأن المعلق بكل مشيئة، والمفوض إليها تطليقة واحدة وهي البائنة مقتضى قوله أنت طالق فلا تملك الثلاث.

ولو قال: أنت طالق كيف شئت طلقت للحال تطليقة واحدة بقوله أنت طالق في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يقع عليها شيء ما لم تشأ، والحاصل أن عند أبي حنيفة في قوله: أنت طالق كيف شئت لا يتعلق أصل الطلاق بالمشيئة بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع وتتقيد مشيئتها بالمجلس، وعندهما تتعلق بالأصل والوصف بالمشيئة وتتقيد مشيئتها بالمجلس.

وجه قولهما: أن الكيفية من باب الصفة وقد علق الوصف بالمشيئة وتعليق الوصف بالمشيئة تعليق الأصل بالمشيئة لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف وإذا تعلق أصل الطلاق بالمشيئة لا ينزل ما لم توجد المشيئة.

ولأبي حنيفة أن الزوج بقوله أنت طالق كيف شئت أوقع أصل الطلاق للحال وفوض تكييف الواقع إلى مشيئتها، لأن الكيفية للموجود لا للمعدوم إذ المعدوم لا يحتمل الكيفية فلا بد من وجود أصل الطلاق لتخييرها في الكيفية، ولهذا قال بعض المحققين في تعليل المسألة لأبي حنيفة: إن الزوج كيَّفَ المعدوم والمعدوم لا يكيَّف فلا بد من الوجود، ومن ضرورة الوجود الوقوع ثم إذا شاءت في مجلسها، فإن لم ينو الزوج البينونة ولا الثلاث فشاءت واحدة بائنةً أو ثلاثاً كان ما شاءت، لأن الزوج فَوَّض الكيفية إليها، فإن نوى الزوج البينونة أو الثلاث، فإذا وافقت مشيئتها نية الزوج بأن قالت في مجلسها شئت واحدة بائنة أو ثلاثاً، وقال الزوج ذلك نويت فهي واحدة بائنة أو ثلاث، لأن الزوج لو لم تكن منه نية، فقالت شئت واحدة بائنة أو ثلاثاً كان الواقع ما شاءت فإذا وافقت مشيئتُها نيةَ الزوج أولى، وإن خالفت مشيئتها نية الزوج بأن قالت شئت ثلاثاً، وقال الزوج نويت واحدة لا يقع بهذه المشيئة شيء آخر في قول أبي حنيفة سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله أنت طالق إلا إذا قالت: شئت واحدة ثانية فتصير تلك الطلقة ثانيةً لما قلنا، وعندهما يقع واحدة بمشيئتها بناء على أن المذهب عند أبي حنيفة أنه إذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لا يقع شيء، وعندهما: يقع واحدة، وسنذكر أصل المسألة في موضعها إن شاء الله تعالى.

ولو قالت: شئتُ واحدةً، وقال الزوج: نويت الثلاث لا يقع بهذه المشيئة شيء في قولهم جميعاً، لأن المذهب عندهم أنه إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت نفسها واحدة لا يقع شيء لما ذكرنا في الفصل الذي يليه إلا أن عند أبي حنيفة قد وقعت طلقة واحدة بقوله أنت طالق حال وجوده وإن لم تشأ المرأة شيئاً حتى قامت من مجلسها ولا نية للزوج أو نوى واحدة فهي واحدة يملك الرجعة في قول أبي حنيفة، لأنها أقل وهي متيقن بها، وعندهما لا يقع شيء وإن شاءت لخروج الأمر عن يدها.

ولو قال لها: أنت طالق إن شئت.

فقالت: شئت إن كان كذا، فإن علقت بشيء موجود نحو ما إذا قالت إن كان هذا ليلاً أو نهاراً، وإن كان هذا أبي أو أمي أو زوجي ونحو ذلك يقع الطلاق، لأن هذا تعليق بشرط كائن، والتعليق بشرط كائن تنجيز، وإن علقت بشيء غير موجود، فقالت: شئت إن شاء فلان يخرج الأمر من/ يدها حتى لا يقع شي [ب/٧٧/ج] وإن شاء فلان، لأنه فوض إليها التنجيز وهي أبت بالتعليق، والتنجيز غير التعليق لأن التنجيز تطليق والتعليق يمين فلم تأت بما فوض إليها وأعرضت عنه لاشتغالها بغيره فيبطل التفويض.

ولو قال لها أنت طالق: إن شاء فلان يتقيد بمجلس علم فلان، فإن شاء في مجلس علمه وقع الطلاق، وكذلك إذا كان غائباً وبلغه الخبر يقتصر على مجلس علمه، لأن هذا تمليك الطلاق فيتقيد بالمجلس، بخلاف ما إذا قال لها: أنت طالق إن دخل فلان الدار أنه يقع الطلاق إذا وجد الشرط في أي وقت وجد ولا يتقيد بالمجلس، لأن ذلك تعليق الطلاق بالشرط والتعليق لا يتقيد بالمجلس، لأن معناه إيقاع الطلاق في زمان ما بعد الشرط فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط ففي أي وقت وجد يقع والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما قوله: طلقي نفسك فهو تمليك عندنا سواء قيده بالمشيئة أو لا ويقتصر على المجلس كقوله: أنت طالق إن شئت، وعند الشافعي[1] هو توكيل ولا يقتصر على المجلس قيده بالمشيئة أو لم يقيده.

وأجمعوا على أن قوله لأجنبي طلق امرأتي توكيل ولا يتقيد بالمجلس وهو فصل التوكيل، فإن قيده بالمشيئة بأن قال له طلق امرأتي إن شئت، فهذا تمليك عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: هو توكيل فوقع الخلاف في موضعين:

أما الكلام مع الشافعي فوجه قوله أنه لو أضاف الأمر بالتطليق إلى الأجنبي ولم يقيده بالمشيئة كان توكيلاً بالإجماع، فكذا إذا أضافه إلى المرأة ولم يقيده بالمشيئة، لأنه لم يختلف إلا الشخص والصيغة لا تختلف باختلاف الشخص، وكذا إذا قيد بالمشيئة لأن التقييد بالمشيئة والسكوت عنه بمنزلة واحدة لأنها تطلق نفسها بمشيئتها واختيارها إذ هي غير مضطرة في ذلك فكان ذكر المشيئة لغواً فكان ملحقاً بالعدم فيبقى قوله طلقي نفسك وإنه توكيل لما ذكرنا فلا يتقيد بالمجلس كما في الأجنبي.

ولنا: لبيان أن قوله لامرأته طلقي نفسك تمليك وجوه ثلاثة.

أحدها: أن المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف برأيه وتدبيره واختياره، والمرأة بهذه الصفة فكانت متصرفة عن ملك فكان تفويض التطليق إليها تمليكاً بخلاف الأجنبي، لأن ثمة الرأي والتدبير للزوج والاختيار له فكان إضافة الأمر إليه توكيلاً لا تمليكاً.

والثاني: أن المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه والمتصرف عن توكيل هو الذي يتصرف لغيره والمرأة عاملة لنفسها، لأنها بالتطليق ترفع قيد الغير عن نفسها فكانت متصرفة عن ملك، فأما الأجنبي فإنه عامل لغيره لا لنفسه لأن منفعة عمله عائدة إلى غيره فكان متصرفاً عن توكيل وأمر لا عن ملك.

والثالث: أن قوله لامرأته طلقي نفسك لا يمكن أن يجعل توكيلاً، لأن الإنسان لا يصلح أن يكون وكيلاً في حق نفسه فلم يمكن أن تجعل وكيلةً في حق تطليق نفسها ويمكن أن تجعل مالكةً للطلاق بتمليك الزوج فتعيَّنَ حملُه على التمليك بخلاف الأجنبي، لأنه بالتطليق يتصرف في حق الغير والإنسان يصلح وكيلاً في حق غيره والله الموفق.

وأما الكلام مع زفر فوجه قوله أنه لو أطلق الكلام لكان توكيلاً، فكذ إذا قيَّده بالمشيئة لما مرّ أن التقييد فيه والإطلاق على السواء، لأنه إذا طلق طلق عن مشيئة ولا محالة لكونه مختاراً في التطليق غير مضطر فيه.

---

(١) انظر «المنهاج» صفحة (١٠٧).

ولنا: وجه الفرق بين المطلق والمقيد وهو أن الأجنبي في المطلق فيتصرف برأي الغير وتدبيره ومشيئته فكان توكيلاً لا تمليكاً، وأما في المقيد فإنما يتصرف عن رأي نفسه وتدبير نفسه ومشيئته، وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئته وهذا فرق واضح بحمد الله تعالى.

وأما قوله التقييد بالمشيئة وعدمه سواء، لأنه متى طلق طلق عن مشيئة فممنوع أنهما سواء وأنه متى طلّق طلّق عن مشيئة، فإن المشيئة تذكر ويراد بها اختيار الفعل وتركه وهو المعنى الذي ينفي الغلبة والاضطرار وهو المعني بقولنا المعاصي بمشيئة الله تعالى، فإن الله تعالى يتولى تخليق أفعال العباد والله تعالى غير مغلوب ولا مضطر في فعله وهو التخليق بل هو مختار، وتذكر ويراد بها اختيار الإيثار يقال إن شئت فعلت كذا، وإن شئت لم أفعل أي إن شئت آثرت الفعل وإن شئت آثرت الترك على الفعل وهو المعني من قولنا المكره ليس بمختار، والمراد من المشيئة المذكورة ههنا هو اختيار الإيثار لا اختيار/ الفعل وتركه، لأنا [أ/٧٨/ج] لو حملناه عليه للغا كلامه، ولو حملناه على اختيار الإيثار لم يلْغُ وصيانة كلام العاقل عن اللغو واجبٌ عند الإمكان واختيار الإيثار في التمليك لا في التوكيل لما ذكرنا أن الوكيل يعمل عن رأي الموكِّل وتدبيره وإنما يستعير منه العبارة فقط فكان الإيثار من الموكِّل لا من الوكيل.

وأما المملك فإنما يعمل برأي نفسه وتدبيره وإيثاره لا بالمملك فكان التقييد بالمشيئة مفيداً، والأصل أن التوكيل لغةً هو الإنابة والتفويض هو التسليم بالكلية لذلك سمىٰ مشايخنا الأول توكيلاً والثاني تفويضاً، وإذا ثبت أن المقيّد بالمشيئة تمليك والمطلق توكيل، والتمليك يقتصر على المجلس لما ذكرنا أن المملك إنما يملك بشرط الجواب في المجلس لأنه إنما يملك بالخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جوابَ خطابه في المجلس فلا يملك نهيه عنه لما مر ثم التوكيل لا يقتصر على المجلس لأن الوكيل لا يمكنه القيام بما وُكِّل بتحصيله في المجلس ظاهراً وغالباً، لأن التوكيل في الغالب يكون بشيء لا يحضره الموكل ويفعل في حال غيبته، لأنه إذا كان حاضراً يستغني بعبارة نفسه عن استعارة عبارة غيره، فلو تقيد التوكيل بالمجلس لخلا عن العاقبة الحميدة فيكون سفهاً ويملك نهيه عنه، لأنه وكيله فيملك عزله، ولو أراد بقوله طلقي نفسك ثلاثاً فقد صار الثلاث بيدها، لأن معنى قوله: إياها طلقي نفسك أي حصّلي طلاقاً، والمصدر يحتمل الخصوص والعموم، لأنه اسم جنس، فإذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته، ولو أراد به الثنتين لا يصحّ. لأن لفظ المصدر لفظ وُحدان والاثنان عددٌ لا تَوَحُّدَ فيه أصلاً على ما بينا فيما تقدم، وإن لم يكن له نيةٌ تنصرف إلى الواحد، لأنه متيقَّن به ولأن الأمر المطلق بالفعل في الشاهد يصرف إلىٰ ما هو المقصود من ذلك الفعل في المتعارف.

ألا ترى أن من قال لغلامه: اسق هذه الأرضَ، وكانت الأرض لا تصلح للزراعة إلا بثلاث مراتٍ صار مأموراً به، وإن كانت تصلح بالسقي مرةً واحدة صار مأموراً به، ومن قال لغلامه اضربْ هذا الذي استخفَّ بي ينصرف إلى ضرب يقع به التأديب عادةً ويحصلُ به المقصود وهو الانزجار، ومن أصابت ثوبَهُ نجاسةٌ فقال لجاريته اغسليه لا تصير مؤتمرة إلا بغسلٍ محصِّلٍ للمقصود وهو طهارة الثوب دلَّ أن الأمر المطلق في الشاهد ينصرف إلى ما هو المقصود من الفعل في المتعارف والعرف والمقصود في قوله لامرأته طلقي نفسك مختلف فقد يقصد به الطلاق المبطل للملك وقد يقصد به الطلاق المبطل لحل المحلية سداً لباب التدارك

فأي ذلك نوى انصرف إليه ثم إذا صحت نية الثلاث، فإن طلقت نفسها ثلاثاً أو اثنتين أو واحدةً وقع، لأن الزوج ملكها الثلاث ومالك الثلاث له أن يوقع الثلاث أو الاثنتين أو الواحدة كالزوج سواء بخلاف ما إذا قال لها: أنتِ طالق إن شئت أو أردت أو رضيت أو إذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت أو أين شئت أو حيث شئت ونحو ذلك، ونوى الثلاث أنه لا يصح لما مرّ أن قوله أنت طالق صفة للمرأة، وإنما يثبت الطلاق اقتضاءً ضرورَة صحة التسمية بكونها طالقاً ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا يثبت في حقه.

ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدةً فهي واحدة في قولهم جميعاً، لأن الزوج ملّكها الثلاث ومالك الثلاث إذا أوقع واحدة تقع كالزوج وهذا لأنه لما ملّكها الثلاث فقد ملكها الواحدة، لأنها بعض الثلاث وبعض المملوك يكون مملوكاً.

ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء في قول أبـي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع واحدة.

وجه قولهما: أنها أتت بما فوض الزوج إليها، وزادت على القدر المفوض فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقتُ نفسي واحدة واحدة واحدة أنه يقع واحدة وتلغو الزيادة كذا هذا.

وكذا لو قال لها: طلقي نفسك فقالت أبنتُ نفسي تقع واحدة رجعيةٌ وتلغو صفة البينونة لما قلنا كذا هذا.

ولأبـي حنيفة وجوه من الفقه:

أحدها: أنه لو وقعت الواحدة إما أن تقع بطريق الأصالة مقصوداً أو ضمناً أو ضرورة وقوع الثلاث، لا سبيل إلى الأول لأنه لم يوجد إيقاع الواحدة بطريق الأصالة لانعدام لفظ الواحدة ووجود لفظ آخر، وكذا لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الأصالة، لأن ذلك عند قولها/ نفسي وسكوتها عليه ووقت وقوعها مع [ب/٧٨/ج] الثلاث عند قولها ثلاثاً، ولا وجه للثاني، لأنها لم تملك الثلاث إذ الزوج لم يملكها الثلاث فلا تملك إيقاع الثلاث فلا يقع الثلاث فلا تقع الواحدة ضمناً لوقوع الثلاث فتعذر القول بالوقوع أصلاً بخلاف ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة، لأن هناك ملكها الثلاث فملكت إيقاع الثلاث ومالك إيقاع الثلاث يملك إيقاع الواحدة، لأن بعض المملوك مملوك، وههنا بخلافه لما بينا، وبخلاف ما إذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة واحدة، لأن ثم أوقعت الواحدة بطريق الأصالة لوجود لفظ الواحدة وقت وقوعها بطريق الأصالة فوقعت واحدة بطريق الأصالة ثم اشتغلت بغيرها وهو غير مملوك لها فلغا. وبخلاف ما إذا قال لها طلقي نفسك، فقالت قد أبنت نفسي، لأن هناك أوقعت ما فوض إليها بطريق الأصالة، لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق لغةً على ما نذكر إلا أنها زادت على القدر المفوَّض صفةَ البينونة فلغت وبقي أصل الطلاق.

والثاني: أن المرأة بقولها طلقت نفسي ثلاثاً أعرضت عما فوض الزوج إليها فيبطل التفويض ويخرج الأمر من يدها كما إذا اشتغلت بأمر آخر أو قامت عن مجلسها. ودلالة أنها أعرضت عما فوّض إليها أنه فوض

إليها الواحدة وهي أتت بالثلاث، والواحدة من الثلاث إن لم تكن غير الثلاث، ولأن الثلاث غير الواحدة ذاتاً، لأن الواحدة منها والشيء لا يكون غيرَ نفسِه لكنها غير الواحدة لفظاً وحكماً ووقتاً.

أما اللفظ فإنّ لفظ الواحدة غير لفظ الثلاث، وكذا حكمها غير حكم الثلاث وأما الوقت فإن وقتَ وقوع الواحدة غيرُ وقتِ وقوع الثلاث، لأن الواحدة تقع عند قولها طلقت نفسي والثلاث تقع عند قولها ثلاثاً لما ذكرنا فيما تقدم أن العدد وهو الواقع على معنى أنه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق قبل ذكر العدد ويقف أول الكلام على آخره فصارت المرأة باشتغالها بذكر الثلاث لفظاً معرضة عن الواحدة لفظاً وحكماً ووقت وقوع الطلاق لصيروتها مشتغلة بغير ما ملكت تاركةً للمملوك والاشتغال بغير المملوك دليل الإعراض عما ملكت والإعراض عن ما ملكت يوجب بطلان التمليك وخروج الأمر عن يدها، بخلاف ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة لأن هناك ما أعرضت عما فوض إليها، لأنه فوض إليها الثلاث وتفويض الثلاث تفويض الواحدة. لأن التفويض تمليك وتمليك الثلاث تمليك الواحدة، لأنها من أجزاء الثلاث وجزء المملوك مملوك فلم تَصِرْ باشتغالها بالواحدة مشتغلة بغير ما ملكت ولا تاركة للمملوك، فأما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل فافترقا.

والثالث: أن الزَّوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة وما أتت بالواحدة المنفردة بها فلم تأت بما ملكها الزوج فلا يقع شيء كما لو قال لها: طلقي نفسك فأعتقت عبده، ولا شك أن الزوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة لأنه نص على التوحد، والتوحد ينبىء عن التفرد في اللغة فكان المفوض إليها طلقة واحدة منفردة عن غيرها وهي وإن أتت بالواحدة بإتيانها بالثلاث فما أتت بالواحدة المنفردة، لأنها أتت بثلاث مجتمعة والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة منفردة لما فيه من الاستحالة لتضاد بين الاجتماع والافتراق فلم تأت بما فوض إليها فلا يقع شيء بخلاف ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة، لأن هناك أتت بما فوض إليها لكنها زادت على القدر المفوض، لأنه فوض إليها الثلاث مطلقاً عن صفة الاجتماع والافتراق.

ألا ترى أنها لو طلقت نفسها ثلاثاً متفرقة وقعت كما لو طلقت نفسها ثلاثاً مجتمعةً، ولو كان المفوض إليها الثلاثَ المجتمعة لما ملكت إيقاع الثلاث المتفرقة فإذا صارت الثلاث مطلقاً مملوكة لها مجتمعة كانت أو منفردة صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها منفردة كانت أو مجتمعة فإذا طلقت نفسها واحدة فقد أتت بالمملوك ضرورةً وهو الجواب عما إذا قال لها طلقي نفسك واحدة، فقالت: طلقتُ نفسي واحدةً واحدةً واحدةً أنه يقع واحدة، لأنها أتت بالمفوض وزيادة فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة، وههنا ما أتت بالمفوض إليها أصلاً ورأساً فهو الفرق ولا يلزم ما إذا قال لها طلقي نفسك، فقالت/ أبنت نفسي، لأن هناك [أ/٧٩/ج] أيضاً أتت بالمفوض إليها وزيادة، لأن الزوج فوض إليها أصل الطلاق وهي أتت بالأصل والوصف، لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق على ما نذكر فلغا الوصف وهو وصف البينونة وبقي الأصل وهو صريح الطلاق فتقع واحدة رجعية.

وذكر القدوري عن أبي يوسف في هذه المسألة: أن قياس قول أبي حنيفة أن لا يقع شيء، وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا ما إذا قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت نفسها ثلاثاً.

ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فَطَلَّقَتْ نفسَها واحدةً أو ثنتين لا يقع شيء في قولهم جميعاً، لأنه ملّكها الثلاثَ بشرط مشيئتها الثلاث، فإذا شاءت ما دون الثلاث لم تملك الثلاث لوجود بعض شرط الملك والحكم المعلق بشرط لا يثبت عند وجود بعض الشرط.

ولو قال لها: طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد تطلق نفسها ثلاثاً إن شاءت.

وجه قولهما: أن كلمة من في مثل هذا الموضع تذكر لبيان الجنس، فإن من قال لغيره كل من هذا الرغيف ما شئت كان له أن يأكل كل الرغيف.

ولأبي حنيفة: أن كلمة ما كلمة عامة وكلمة من للتبعيض حقيقةً فلا بد من اعتبار المعنيين جميعاً وذلك في أن يصير المفوض إليها من الثلاث بعض له عموم وذلك اثنان فتملك ما فوض إليها وهو الثنتان، وفي مسألة الرغيف صرفت كلمة من عن حقيقتها إلى الجنس بدلالة الحال وهو أن الأصل في الطعام هو السماح دون الشحّ خصوصاً في حق من قُدِّم إليه.

ولو قال لها: طلقي نفسكِ إن شئت فقالت: شئت لا يقع الطلاق، ولو قال لها: أنت طالق إن شئت يقع لأن في الفصل الأولِ أمرها بالتطليق فما لم تطلق لا يقع الطلاق ومشيئة التطليق لا تكون تطليقاً، وفي الفصل الثاني علّق طلاقها بمشيئتها وقد شاءت، ولو قال لها طلقي نفسك فقالت أبنتُ نفسي طلقت واحدة تملك الرجعة، وإن قالت: قد اخترت نفسي لم تطلق.

ووجه الفرق: أن قولها أبنت من ألفاظ الطلاق لأن الإبانة قطع الوصلة لغةً والطلاق رفع القيد لغةً إلا أن عمل صريح الطلاق يتأخر شرعاً في المدخول بها إلى ما بعد انقضاء العدة فكان بين اللفظين موافقة من حيث الأصل، فإذا قالت: أبنت نفسي فقد أتت بالأصل وزادت صفة البينونة فتلغو الصفة ويبقى الأصل بخلاف قولها اخترت لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق لغةً، بدليل أنه لو قال لامرأته اخترتك أو قال اخترت نفسي لا يقع الطلاق.

وكذا إذا قالت المرأة: طلقتُ نفسي أو أبنتُ نفسي وقف على إجازة الزوج. ولو قالت:اخترت نفسي لا يقف على إجازته بل يبطل، إلا أنه جعل من ألفاظ الطلاق شرعاً بالنص وإجماع الصحابة رضي الله عنهم عند خروجه جواباً للتخيير وما في معناه وهو الأمر باليدفلا يكون جواباً في غيره فيلغو.

وحكى القدوري قول أبي يوسف فقال: قال أبو يوسف: إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي لا يقع شيء على قياس قول أبي حنيفة ووقع عندهما تطليقة رجعية كأنها قالت أبنت نفسي بتطليقة، ولم يذكر خلاف أبي حنيفة في الجامع الصغير.

ووجه الفرق: أن بين هذه المسألة وبين قوله طلقي نفسك واحدة على نحو ما بينا، ولو قال لها طلقي نفسك تطليقة رجعية فطلقت نفسها بائناً، أو قال لها طلقي نفسك تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع ما أمر به الزوج لا ما أتت به لأنها إنما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج لها فتملك ما ملكها الزوج وما أتت به موافق

لما ملكها الزوج من حيث الأصل، لأن كل واحد منهما من ألفاظ الطلاق، وإنما خالفه من حيث الوصف، فإذا وقع الأصل استتبع الوصف المملك فيقع ما فرض إليها والله الموفق للصواب.

فصل: وأما الرسالة فهي أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان، فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق لأن الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه ككلامه والله الموفق.

ومنها: عدم الشك من الزوج في الطلاق وهو شرط الحكم بوقوع الطلاق، حتى لو شك فيه لا يحكم بوقوعه حتى لا يجب عليه أن يعتزل امرأته، لأن النكاح كان ثابتاً بقين ووقع/ الشك في زواله بالطلاق فلا [ب/٧٩/ج] يحكم بزواله بالشك كحياة المفقود إنها لما كانت ثابتة ووقع الشك في زوالها لا يحكم بزوالها بالشك حتى لا يورث ماله، ولا يرث هو أيضاً من أقاربه.

والأصل في نفي اتباع الشك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة: «لا ينصرفْ حتى يَسمعَ صوتاً أو يجدَ ريحاً»[٢] اعتبر اليقين وألغى الشك، ثم شك الزوج لا يخلو إما إن وقع في أصل التطليق أطلقها أم لا، وإما إن وقع في عدد الطلاق وقدره أنه طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو صفة الطلاق أنه طلقها رجعية أو بائنة، فإن وقع في أصل الطلاق لا يحكم بوقوعه لما قلنا، وإن وقع في القدر يحكم بالأقل لأنه متيقن به وفي الزيادة شك، وإن وقع في وصفه يحكم بالرجعية لأنها أضعف الطلاقين فكانت متيقناً بها.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المرأة فمنها: الملك أو علقة من علائقه فلا يصح الطلاق إلا في الملك أو في علقة من علائق الملك، وهي عدة الطلاق أو مضافاً إلى الملك وجملة الكلام فيه أن الطلاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزاً وإما أن يكون تعليقاً بشرط، وإما أن يكون إضافة إلى وقت.

أما التنجيز في غير الملك والعدة فباطل بأن قال لامرأة أجنبية أنت طالق أو طلقتك لأنه إبطال الحل ورفع القيد ولا حل ولا قيد في الأجنبية فلا يتصور إبطاله ورفعه، وقد قال النبي ﷺ: «لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»[٣] وإن كانت منكوحة الغير وقف على إجازته عندنا خلافاً للشافعي، والمسألة تأتي في كتاب البيوع.

وأما التعليق بشرط فنوعان، تعليق في الملك وتعليق بالملك، والتعليق في الملك نوعان، حقيقي

---

(١) سورة الإسراء، الآية: (٣٦).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه في «السنن» كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح (٢٠٤٨ ـ ٢٠٤٩). والطبراني في «المعجم الصغير» (١/٢٦٦، ٥٠١).

والدارقطني في «السنن» كتاب الطلاق (٤/١٤) عن طاوس عن معاذ و (٤/١٧) عن سعيد بن المسيب عن معاذ وفيه يزيد بن عياض ضعيف والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الخلع والطلاق باب الطلاق قبل النكاح (٧/٣١٨)، والحاكم في «المستدرك» (٢/٢٠٥، ٢٠٤) (٢/٢٠٥، ٢٤٠) والنسائي في «السنن» كتاب النكاح باب ذكر أمر رسول الله ﷺ في النكاح وأزواجه وما أباح الله عز وجل لنبيه ﷺ. (٦/٥٦) والترمذي في «السنن» كتاب باب ما جاء في الخيار (١١٧٩)، وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في الخيار (٢٢٠٣).

وحكمي أما الحقيقي فنحو أن يقول لامرأته إن دخلت هذه الدار فأنت طالق أو إن كلمت فلاناً أو إن قدم فلان ونحو ذلك وإنه صحيح بلا خلاف، لأن الملك موجود في الحال فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهو التقوّي على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين، ثم إذا وجد الشرط والمرأة في ملكه أو في العدة يقع الطلاق وإلا فلا يقع الطلاق ولكن تنحل اليمين لا إلى جزاء، حتى إنه لو قال لامرأته إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، فدخلت الدار وهي في ملكه طلقت، وكذا إذا أبانها قبل دخول الدار فدخلت الدار وهي في العدة عندنا، لأن المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا وإن أبانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لا يقع الطلاق لعدم الملك والعدة، ولكن تبطل اليمين، حتى لو تزوجها ثانياً ودخلت الدار لا يقع شيء، لأن المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمنجز، والتنجيز في غير الملك والعدة باطل.

فإن قيل: أليس أن الصحيح إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم جنّ فدخلت الدار إنه يقع طلاقه، ولو نجّز في تلك الحالة لا يقع، فالجواب من وجهين:

أحدهما: أن التطليق كلامه السابق عند الشرط فتعتبر الأهلية وقت وجوده وقد وجدت.

والثاني: أنا إنما اعتبرناه تنجيزاً حكماً وتقديراً والمجنون من أهل أن يقع الطلاق على امرأته بطريق الحكم، فإن العنين إذا أجل فمضت المدة وقد جنّ يفرق القاضي بينهما ويكون ذلك طلاقاً، فاطّرد الكلامُ بحمد الله تعالى. ولو أبانها قبل دخول الدار ولم تدخل الدار حتى تزوجها ثم دخلت يقع الطلاق لأن اليمين لم تبطل بالإبانة لأنه يتصور عود الملك، فما قامت الجزاء على وجه لا يتصور عوده. ولو قال لامرأته إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها واحدةً أو ثنتين قبل دخول الدار فتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت إلى الزوج الأول فدخلت طلقت ثلاثاً في قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف، وعند محمد هي طالق ما بقي من الطلقات الثلاث شيء.

وأصل هذه المسألة: أن من طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجت بزوج آخر ودخل بها وعادت إلى الأول أنها تعود بثلاث تطليقات في قولهما. وفي قول محمد تعود بما بقي وهو قول زفر.

ولقب المسألة أن الزواج الثاني هل يهدم الطلقة والطلقتين، عندهما يهدم وعند محمد لا يهدم والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم، روي عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم مثل مذهب أبـي حنيفة وأبـي يوسف.

وروى عن عمر وأبـي بن كعب وعمران بن حصين مثل مذهب محمد وزفر، واحتجا بقوله سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[1] إلى قوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[2]، حرم المطلقة الثلاث مطلقاً من غير فصلٍ بين ما إذا تخللت إصابة الزوج الثاني الثلاث وبين ما إذا لم يتخلّلها وهذه مطلقة الثلاث حقيقةً، لأن هذه طلقة قد سبقها طَلْقتان حقيقة والطلقة الثالثة هي الطلقة التي سبقها طلقتان

(١) سورة البقرة، الآيتان: (٢٢٩).
(٢) سورة البقرة، الآيتان: (٢٣٠).

فدخلت تحت النص، ولأن الزوج الثاني جعل في الشرع منهياً للحرمة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[١] وحتى كلمة غاية، وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة، والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث فلم يكن الزوج الثاني منهياً للحرمة فيلحق بالعدم.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف النصوص والمعقول: أما النصوص فالعمومات الواردة في باب النكاح من نحو قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[٢] وقوله عز وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾[٣].

وقول النبي ﷺ: «تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ يهتزُّ لَهُ عَرْشُ الرَّحْمنِ»[٤] فهذه النصوص وأمثالها تقتضي جواز النكاح من غير فصل بين أن تكون المرأة مطلقة أو لا وبين أن تكون مطلقة ثلاثاً تخللها إصابة الزوج الثاني أو لا إلا أن المطلقة الثلاث التي لم يتخللها إصابة الزوج الثاني خصت عن النصوص فبقي ما وراءها تحتها.

وأما المعقول فمن وجهين:

أحدهما: أن النكاح مندوب إليه ومسنون وعقد مصلحة لتضمنه مصالح الدين والدنيا فلا يجوز أن يمنع عنه لأنه يؤدي إلى التناقض لأن قطع المصلحة مفسدة والشريعة منزهة عن التناقض، إلا أنه قد يخرج من أن يكون مصلحة بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع أو غير ذلك من المعاني ويقع اليأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة فشرع الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من النكاح من زوجة أخرى إلا أن خروج النكاح من أن يكون مصلحة لا يعرف إلا بالتأمل والتجربة، ولهذا فوّض الطلاق إلى الزوج لاختصاصه بكمال الرأي والعقل ليتأمل، فإذا طلّقها ثلاثاً على ظن المخالفة ثم مال قلبه إليها حتى تزوجها بعد إصابة الزوج الثاني الذي هو في غاية النفار في طباع الفحل ونهاية المنع دلّ أن طريق الموافقة بينهما قائم وأنه أخطأ في التجربة وقصّر في التأمل فبقي النكاح مصلحة لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول بحرمته كما في ابتداء النكاح بل أولى لأن ثمة لم يوجد إلا دليل أصل الموافقة، وههنا وجد دليل كمال الموافقة وهو الميل إليها مع وجود ماهو النهاية في النفرة.

ثم لما حل نكاحها في الابتداء لتحقيق المقاصد فبعد إصابة الزوج الثاني أولى وهذا المعنى لا يوجب التفرقة بين إصابة الزوج الثاني بعد الطلقات الثلاث وبين ما قبلها فورود الشرع بجواز النكاح ثمة يكون وروداً ههنا دلالة.

والثاني: أن الحل بعد إصابة الزوج الثاني وطلاقه إياها وانقضاء عدتها حل جديد والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث طلقات كما في ابتداء النكاح.

والدليل على أن هذا حل جديد أن الحل الأول قد زال حقيقة لأنه عرض لا يتصور بقاؤه إلا أنه إذا لم يتخلل بين الحلين حرمة يجعل كالدائم يتجدد أمثاله فيكون كشيء واحد فكان زائلاً حقيقةً وتقديراً فكان

---

(١) سورة البقرة، الآيتان: (٢٣٠).
(٢) سورة النساء، الآية: (٣).
(٣) سورة النور، الآية: (٣٢).
(٤) تقدم تخريجه.

الثاني حلاً جديداً والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث تطليقات كما في ابتداء النكاح.

وأما في قوله تعالى: ﴿فإن طلقها﴾[١] فنقول هذه الآية الكريمة تتناول طلقة ثالثة مسبوقة بطلقتين بلا فصل، لأن الفاء للتعقيب بلا فصل وإصابة الزوج الثاني ههنا حاصلة فلا يتناولها أو تحمل الآية على ما إذا لم يدخل بها الزوج الثاني حتى طلقها وتزوجها الأول وطلقها واحدة توفيقاً بين الدلائل.

وأما قوله: بأن الشرع جعل إصابة الزوج الثاني غايةً للحرمة فنقول: كون الإصابة غايةً للحرمة يقتضي انتهاء الحرمة عند عدم الإصابة وقد بينا أنه يثبت حل جديد بعد الإصابة، ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، فطلقها ثلاثاً قبل الدخول وتزوجت بزوج ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار لا يقع عليها شيء عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يقع عليها ثلاث تطليقات وجه قوله: أن المعلق طلقات مطلقة لا مقيّدة بالحل القائم لأن الحالف أطلق وما قيّد والحل القائم إن بطل بالتنجيز فقد وجد حلٌّ آخر فكان التعليق باقياً وقد وجد الملك عند وجود الشرط فينزل المعلق، كما إذا قال لامرأته إن دخلت هذه الدار فأنت عليَّ كظهر أمي ثم طلقها ثلاثاً قبل الدخول يبقى تعليق الظهار بالدخول، حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول فدخلت الدار يصير مظاهراً لما ذكرنا. كذا هذا.

ولنا: أن المعلق طلقاتُ الحلّ القائم للحال وقد بطل على وجهٍ لا يتصور عَوده فلا يتصور الطلاق المبطِل للحل القائم عند وجود الشرط فتبقى اليمين، كما إذا صار الشرط بحالٍ لا يتصور عوده بأن جعل الدار بستاناً أو حماماً. والدليل على أن المعلَّق طلقاتُ هذا الحلّ أن المعلق طلاق مانع من تحصيل الشرط لأن الغرض من مثل هذه اليمين التقوِّي على الامتناع من تحصيل الشرط، والمنع لا يحصل إلا بكونه غالبَ الوجود عند وجود الشرط وذلك هو الحل القائم للحال لأنه موجود للحال فالظاهر بقاؤه فيصلح مانعاً، والذي يحدث بعد إصابة الزوج الثاني عدم للحال فالظاهر بقاؤه على العدم فكان غالب العدم عند وجود الشرط فلا يصلح إطلاقه مانعاً فلا يكون معلقاً بالشرط ما لا يكون معلقاً به.

وأما قوله: الحالف أطلق فنعم لكنه أراد به المقيَّد، عرفنا ذلك بدلالة الغرْض المطلوب من التصرف وهو التقوّي على الامتناع، وذلك لا يحصل إلا بتطليقات هذا الحل فيتقيد بها.

وأما مسألة الظهار ففيها اختلاف الرواية. روى أبو طاهر الدّباس[٢] عن أصحابنا: أنه يبطل بتنجيز الثلاث فلا يصير مظاهراً عند دخول الدار، ثم ما ذكرنا من اعتبار الملك أو العدة لوقوع الطلاق في الملك بشرطٍ واحد، فإن كان بشرطين هل يشترط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرطين جميعاً؟

قال أصحابنا الثلاثة: لا يشترط بل الشرط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرط الأخير.

وقال زفر: يشترط قيام الملك عند وجود الشرطين، وصورة المسألة إذا قال لامرأته إن كلمتَ زيداً وعمراً فأنت طالق فطلقها وانقضت عدتها فكلمت زيداً ثم تزوجها فكلمت عمراً طلقت عندنا، وعند زفر لا

---
(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٠).
(٢) تقدمت ترجمته.

تطلق، وإن كان الكلام الأول في الملك، والثاني في غير الملك بأن كلمت زيداً وهي في ملكه ثم طلقها وانقضت عدتها ثم كلمت عمراً لا يقع الطلاق.

وجه قول زفر: أن الحالف جعل كلام زيد وعمرو جميعاً شرطاً لوقوع الطلاق ووجود جميع الشرط شرط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء هو وقت وجود الشرط، ألا ترى أنها إذا كلمت أحدهما دون الآخر لا يقع الطلاق، فكذا إذا كلمت أحدهما في غير الملك فذلك ملحق بالعدم كما إذا وجد الشرطان جميعاً في غير الملك.

ولنا: أن الملك عند وجود الشرط فيشترط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء وهو وقت وجود الشرط الأخير فيشترط قيام الملك عنده لا غير، وهذا لأن الملك إنما يشترط إما لصحة التعليق أو لثبوت الحكم وهو نزول المعلّق والملك القائم في الوقتين جميعاً، فأما وقت وجود الشرط الأول فليس وقت التعليق ولا وقت نزول الجزاء فلا معنى لاشتراط الملك عنده، ونظير هذا الاختلاف في كتاب الزكاة كمال النصاب في طرفي الحول ونقصانه في أثناء الحول لا يمنع الوجوب عندنا، وعنده يشترط الكمال من أول الحول إلى آخره.

ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنتِ طالق إن كلمت فلاناً يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الأول وهو الدخول، لأنه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين كأنه قال لها عند الدخول إن كلمت فلاناً فأنت طالق واليمين لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إلى الملك، فإن كانت في ملكه عند دخول الدار صحت اليمين المتعلقة بالشرط وهو الكلام فإذا كلمت يقع الطلاق وإن لم تكن في ملكه عند الدخول بأن طلقها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لم يصح التعليق لعدم الملك والعدة فلا يقع الطلاق وإن كلمت، وإن كان طلقها بعد الدخول بها قبل دخول الدار ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلاناً وهي في العدة طلقت، لأن المعتدة يلحقها صريح الطلاق تنجيزاً فيصح تعليق طلاقها أيضاً في حال قيام العدة كالزوجة، وإذا صح التعليق ووجد شرطه في الملك أو في العدة ينزل المعلّق.

ولو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت. فهذا وقوله: أنت طالق إن دخلت الدار أو إن كلمت فلاناً سواء من حيث إنه يقف وقوع الطلاق على مشيئتها كما يقف على دخولها وكلامها إلا أن ذلك تعليق بالشرط وهذا تمليك كقوله أمرك بيدك واختاري، ولهذا اقتصر على المجلس.

ولو حلف لا يحلف لا يحنث، لأن الحلف بما سوى الله عز وجل شرط وجزاء ومشيئتها ليست بشرط، لأن شرط الطلاق ما جعل علماً على الطلاق وهو ما يكون دليلاً على الطلاق من غير أن يكون وجود الطلاق به، لأنه ذلك يكون علةً لا شرطاً ومشيئتها يتعلق بها وجود الطلاق بل هي تطليق منها، وكذلك مشيئته بأن قال لها:أنت طالق إن شئت أنا.

ألا ترى إذا قال لامرأته: شئتُ طلاقك طلقت كما إذا قال طلقت، فإن قيل أليس أنه إذا قال لامرأته: أنت طالق إن طلقتك كان تعليقاً للطلاق بشرط التطليق حتى لو طلقها يقع المنجّز ثم ينزل المعلق والتعليق مما يحصل به الطلاق ومع هذا يصلح شرطاً، فالجواب أن التنجيز يحصل به الطلاق المنجز لا الطلاق

المعلق بل الطلاق المعلق يحصل بغيره فكان التنجيز في حق الطلاق المعلق علماً محضاً فكان شرطاً. وكذلك إذا قال لها أنت طالق إن هويت أو أردت أو أحببت أو رضيت فهو مثل قوله إن شئت ويتعلق الطلاق بالخبر عن هذه الأشياء إلا بحقائقها، والأصل أنه متى علق الطلاق بشيء لا يوقف عليه إلا من جهتها يتعلق بإخبارها عنه ومتى علق بشيء يوقف عليه من جهة غيرها لا يقبل قولها إلا ببينة، وعلى هذا مسائل، إذا قال لها إن كنت تحبيني أو تبغضيني فأنت طالق فقالت أحب أو أبغض، يقع الطلاق استحساناً، والقياس أن لا يقع.

وجه القياس: أنه علق الطلاق بشرط لا يعلم وجوده فأشبه التعليق بمشيئة الله تعالى.

وجه الاستحسان: أنه علقه بأمر لا يوقف عليه إلا من جهتها فيتعلق بإخبارها عنه كأنه قال لها إن أخبرتيني عن محبتك أو بغضك إياي فأنت طالق، ولو نص على ذلك لتعلق بنفس الإخبار كذا هذا.

وعلى هذا إذا قال لها إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار أو إن كنتِ تكرهين الجنة فأنت طالق فقالت أحب النار أو أكره الجنة وقع الطلاق لما قلنا ولو قال إن كنتِ تحبيني بقلبك فأنت طالق، فقالت أحبك بقلبي وفي قلبها غير ذلك يقع الطلاق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد لا يقع.

وجه قوله: أنه لما قيد المحبة بالقلب فقد علق الطلاق بحقيقة المحبة لا بالمخبر عنها فإذا لم يكن في قلبها محبة لم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق، ولهما أن المحبة والكراهة لما كانتا من الأمور الباطنة التي لا يوقف عليها إلا من جهتها تعلق الطلاق بنفس الإخبار عنهما دون الحقيقة وقد وجد.

وعلى هذا إذا قال لها: إن حضت فأنت طالق فقالت حضتُ طلقَتْ حين رأت الدم واستمر إلى ثلاثة أيام، لأن الحيض لا يوقف عليه إلا من قبلها فيقبل قولها في ذلك، وإذا استمر الدم إلى ثلاثة أيام تبين أن ما رأت كان حيضاً من حين وجوده فوقع الطلاق من ذلك الوقت.

ولو قال لها: إن حضت حيضةً فأنت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر لأن الحيضة اسم للكامل، ألا ترى إلى قوله ﷺ في سبايا أوطاس: «ألا لا تُوطَأ الحَبالَى حَتَّى يَضَعْنَ ولا الحَبالَى حَتَّى يُستَبْرَأْنَ بحيضَةٍ»[1]، ويقع على الكامل حتى يقدر الاستبراء به وكمالها بانقضائها من ذلك باتصال جزءٍ من الطهر بها فكان هذا في الحقائق تعليق الطلاق بالطهر.

ونظيره إذا قال إذا صمت يوماً فأنت طالق وقع على صوم كل اليوم وذلك بدخول أول جزءٍ من الليل فكأنه علق الطلاق بدخول الليل، وكذا هذا، وكذا إذا قال: إن حضتِ نصفَ حيضةٍ فأنت طالق لا تطلق ما لم تحض وتطهر لأن نصف حيضةٍ حيضةٌ كاملةٌ فكأنه قال إذا حضت حيضةً، وكذا إذا قال إذا حضت سدس حيضة أو ثلث حيضة لما قلنا.

وكذلك إذا قال: إذا حضت نصفَ حيضة فأنت طالق، وإذا حضت نصفها الآخر فأنت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر فإذا حاضت وطهرت يقع تطليقتان لأنه علَّق طلقةً بنصْفِ حيضة، ونصف حيضة

---

(١) تقدم تخريجه.

كاملة وعلّق طلقةً أخرى بنصف تلك الحيضة بعينها وهي حيضةٌ كاملةٌ فكان هذا تعليق طلاقين بحيضة واحدة كاملة وكمالها بانقضائها واتصال الطهر بها، وإذا اتّصل بها الطهر طلقت تطليقتين، ولو قال لها أنت طالق في حيضك أو مع حيضك فحين ما رأت الدم تطلق بشرط أن يستمر بها الدم إلى ثلاثة أيام، لأن كلمة «في» للظرف والحيض لا يصلح ظرفاً للطلاق فيجعل شرطاً فصار كأنه قال أنت طالق إذا حضت وكلمة «مع» للمقارنة فيقتضي كونَ الطلاق مقارناً لحيضها، فإذا رأيت الدم ثلاثةَ أيام تبين أنَّ المرئيَّ كان حيضاً من حين وجوده فيقع الطلاق من ذلك الوقت.

ولو قال لها: أنت طالق في حيضك أو مع حيضتك فما لم تحض وتطهر لا تطلق لأن الحيضةَ اسمٌ للكامل وذلك باتصال الطهر، ولو كانت حائضاً في هذه الفصول كلها لا يقع ما لم تطهر من هذه الحيضة وتحيض مرةً أخرى، لأنه جعل الحيض شرطاً لوقوع الطلاق والشرط ما يكون معدوماً على خَطَرِ الوجود وهو الحيض الذي يُستَقبَلُ لا الموجود في الحال فكان هذا تعليق الطلاق بحيض مبتدأ.

ولو قال لها: إذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت، إن صدّقها الزوج يقع الطلاق عليهما جميعاً، وإن كذّبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على صاحبتها لأنها أمينة في حق نفسها لا في حق غيرها فثبت حيضُها في حقها لا في حق صاحبتها، ويجوز أن يكون الكلام الواحد مقبولاً في حق شخصٍ غير مقبولٍ في حقّ شخصٍ آخر كما يجوز أن يكون مقبولاً وغير مقبول في حق حكمين مختلفين كشهادة النساء مع الرجال إذا قامت على السرقة إنها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع، وإذا قال: إذا حضتِ فامرأتي الأخرى طالق وعبدي حر فقالت: قد حضت يقع الطلاق والعتاق إذا صدّقها الزوج، وإن كذّبها لا يقع لما ذكرنا أن إقرارها على غيرها غير مقبول، لأنه بمنزلة الشهادة على الغير.

ولو قال: إذا ولدت فأنت طالق، فقالت:ولدتُ لا يقع الطلاق ما لم يصدّقها الزوج أو يشهدَ على الولادة رجلانِ أو رجل وامرأتان في قول أبـي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يقع الطلاق إذا شهدت القابلة الولادة.

وجه قولهما: أن ولادتها قد ثبتت بشهادة القابلة لكون النكاح قائماً والولادة تثبت بشهادة القابلة حال قيام النكاح في تعيين الولد وفيما هو من لوازمه وهو النسب لمكان الضرورة والطلاق ليس من لوازم الولادة فلا تثبت الولادة في حق الطلاق بهذه الشهادة.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق أو إن كلمتِ فلاناً فأنت طالق فقالت دخلتُ أو كلمت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان بالإجماع، لأن قولها دخلت أو كلمتُ إقرارٌ على الغير وهو الزوج بإبطال حقه فكان شهادةً على الغير فلا تقبل.

ولو قال لامرأتيه: إذا حضتما فأنتما طالقان، أو قال: إذا حضتما فأنتما طالقان الأصل في جنس هذه المسائل أن الزوج متى أضاف الشيء الواحد إلى امرأتين وجعل وجوده شرطاً لوقوع الطلاق عليهما ينظر إن كان لا يستحيل وجود ذلك الشيء منهما كان شرطاً لوقوع الطلاق عليهما وجوده من أحدهما، وإن كان لا يستحيل وجوده منهما جميعاً كان وجوده منهما شرطاً لوقوع الطلاق عليهما لأن كلام العاقل يجب تصحيحه

ما أمكن، إن أمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحَّح بطريق الحقيقة، وإن لم يمكن تصحيحُه بطريق الحقيقة صحح بطريق المجاز.

إذا عرف هذا فنقول: إذا قال لامرأتين له: إذا حضتما حيضة فأنتما طالقان أو إذا ولدتما ولداً فأنتما طالقان فحاضت إحداهما أو ولدت إحداهما يقع الطلاق عليهما لأن حيضة واحدة وولادة واحدة من امرأتين محال فلم ينصرف إليه كلام العاقل فينصرف إلى وجود ذلك من أحدهما، لأن إضافة الفعل إلى اثنين على إرادة وجوده من أحدهما متعارف بين أهل اللسان، قال الله تعالى في قصة موسى وصاحبه ﴿فَنَسِيَا حُوتَهُمَا﴾[1] وإنما نسيه صاحبه وهو فتاه وقال تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللؤلؤُ والمرْجَان﴾[2] وإنما يخرج من أحدهما وهو البحر المالح دون العذب، وقال النبي ﷺ لمالك بن الحويرث وعمه: «إذا سَافَرْتُمَا فأذّنَا وأقيما»[3] ومعلوم أن الأمر بالتأذين والإقامة كان لأحدهما فكان هذا تعليق طلاقهما بحيضة إحداهما وبولادة إحداهما.

ولو قالت إحداهما: حضتُ، إن صدقها الزوج طلُقتا جميعاً لأن حضيتَها في حقها ثبت بإخبارها وفي حق صاحبتها ثبت بتصديق الزوج، وإن كذّبها طلقت هي ولا تطلق صاحبتها، لأن حيضها ثبت في حقها ولم يثبت في حق صاحبتها.

ولو قالت: كل واحدة منهما قد حضتُ طلقتا جميعاً سواء صدقهما الزوج أو كذبهما، أما إذا صدقهما فالأمر ظاهر لا يثبت حيضة كل واحدة منهما في حق صاحبتها، وأما إذا كذبهما فكذلك لأن التكذيب يمنع ثبوت حيضة كل واحدةٍ منهما في حق صاحبتها لا في حق نفسها وثبوت حيضتها في حق نفسها يكفي لوقوع الطلاق عليها كما إذا قال لها: إذا حضتِ فأنتِ طالق وهذه معك، فقالت: حضت وكذبها الزوج.

ولو قال: إذا حضتما فأنتم طالقان وإذا ولدتما فأنتم طالقان لا تطلقان ما لم يوجد الحيض والولادة منهما جميعاً، لأنه أضاف الحيض أو الولادة إليهما ويتصور من كل واحدةٍ منهما الحيض والولادة فيعلق الطلاق بوجود الحيض أو الولادة منهما جميعاً عملاً بالحقيقة عند الإمكان.

ولو قالت كل واحدة منهما: قد حضت، إن صدقهما الزوج طلقتا لأنه علّق طلاقهما بوجود الحيض منهما جميعاً، وقد ثبت ذلك بقولهما مع تصديق الزوج وإن كذبهما لا تطلق واحدة منهما، لأن قول كل واحد منهما مقبول في حق نفسها لا في حق صاحبتها فيثبت في حق كل واحدةٍ منهما حيضُها لا حيضُ صاحبتها وحيض كل واحدة منهما بانفراده شَطْرُ الشَّرط وطلاق كل واحدة منهما متعلق بوجود حيضهما جميعاً، والمعلق بشرط لا ينزل بوجود بعض الشرط، وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى تطلق المكذبة ولا تطلق المصدَّقة، لأن حيض المكذّبة ثبت في حقها بإخبارها وحيض المصدّقة ثبت في حق المكذبة أيضاً بتصديق الزوج فثبت الحيضتان جميعاً في حق المكذبة فوجد كل الشرط في حقها فيقع الطلاق عليها ولم

---

(١) سورة الكهف، الآية: (٦١).

(٢) سورة الرحمن، الآية: (٢٢).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتب الأذان باب من قال: ليؤذن في السفر مؤذن واحد رقم (٦٢٨) ومسلم في «الصحيح» كتاب المساجد باب من أحق بالإمامة (٢٩٣، ٦٧٤).

يثبت في حق المصدقة إلا حيضها في حق نفسها ولم يثبت في حقها حيض المكذبة لتكذيب الزوج المكذبة في ثبوت حيضها عند المصدقة فكان الموجود في حق المصدقة شطر الشرط فلا يقع الطلاق، وكذلك إذا قال إذا حضتما حيضتين أو إذا ولدتما ولدين فأنتما طالقان، فهذا وقوله إذا حضتما أو ولدتما سواء فما لم يحيضا جميعاً أو يلدا جميعاً لا يقع الطلاق عليهما لأن وجود حضيتين منهما وولادة ولدين منهما يكون بهذا الطريق وهو أن تحيض كل واحدة منهما حيضة وتَلِدَ كلُّ واحدة منهما ولداً.

وكذا إذا قال: إذا دخلتما هذه الدار أو كلمتُما فلاناً أو لبستما هذا الثوب أو ركبتما هذه الدابة أو أكلتما هذا الطعام أو شربتما هذا الشراب فما لم يوجد منهما جميعاً لا يقع الطلاق، لأنه يتصور وجوده منهما فيعمل بحقيقة الكلام بخلاف قوله إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولداً، لأن ذلك محال ثم التعليق في الملك كما يصح بشرط الوجود يصح بشرط العدم، لأن الشرطَ علامةٌ محضة والعدم يصلح علماً محضاً فيصلح شرطاً غير أنه إن وقّت ينزل المعلّق عند انتهاء ذلك الوقت، وإن أطلق لا ينزل إلا في آخر جزء من أجزاء حياته.

بيان ذلك: إذا قال لامرأته إن لم أدخل هذه الدار فأنت طالق، أو قال إن لم آتِ البصرةَ فأنت طالق لا يقع الطلاق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته، لأنه علق الطلاق بعدم الدخول والإتيان مطلقاً ولا يتحقق ذلك إلا في ذلك الوقت. وعلى هذا يخرج ما إذا قال لامرأته أنت طالق إن لم أطلقك أنه لا يقع الطلاق عليها ما لم يثبته إلى آخر جزء من أجزاء حياته، لأنه علّق الطلاق بشرط عدم التطليق مطلقاً والعدم المطلق لا يتحقق إلا في ذلك الجزء.

ولو قال: أنت طالق إذا لم أطلقك وإذا ما لم أطلقك فإن أراد بإذا إن لا يقع الطلاق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته بالإجماع وإن نوى به متى يقع الطلاق إذا فرغ من هذا الكلام وسكت وإن لم يكن له نية، قال أبو حنيفة: هذه بمنزلة قوله إنْ، وقال أبو يوسف ومحمد: هي بمعنى متى.

وجه قولهما أن إذا للوقت، قال الله تعالى: ﴿إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾[1] و ﴿إِذا السَّماءُ انفَطَرَتْ﴾[2] و ﴿إِذَا السَّماءُ انْشَقَتْ﴾[3] إلى غير ذلك من الآيات الكريمة فكانت في معنى متى ولو قال متى لم أطلقك يقع الطلاق عقيب الفراغ من هذه اللفظة إذا سكت كذا هذا.

والدليل أنه إذا قال لها: أنت طالق إذا شئتِ لا يقتصر على المجلس كما لو قال متى شئت، ولو قال إن شئت يقتصر على المجلس، ولو كانت للشرط لاقتصرت المشيئة على المجلس كما في قوله إن شئت، ولأبي حنيفة أن هذه الكلمة كما تذكر ويراد بها الوقت تذكر ويراد بها الشرط كما قال الشاعر:

اسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ ربُّك بالغنى وإذا تُصْبكَ خصاصةٌ فتَجَمَّلِ[4]

ألا ترى أنه جزم ما بعده، فإن قال أريد بها الوقت يقع الطلاق كما فرغ من هذا الكلام وسكت كما في

---

(١) سورة التكوير، الآية: (١).
(٢) سورة الانفطار، الآية: (١).
(٣) سورة الانشقاق، الآية: (١).
(٤) البيت لعبد القيس بن خفاف وقيل: لحارثة بن بدر انظر «مغني اللبيب» برقم (١٣٩) (١/١٢٨) والبيت من البحر الكامل.

قوله متى، وإن قال: أريد بها الشرط لا يقع إلا في آخر جزء من أجزاءِ حياتِه كما في كلمة إن، فوقع الشك في وقوع الطلاق عند الفراغ منه فلا يقع مع الشك، وإنما لا يقتصر على المجلس، لأنه حصلت المشيئة في يدها بقوله: أنت طالق إذا شئت وإنها تستعمل للوقت وللشرط، فإن أريدَ بها الشرط يبطل بالقيام عن المجلس كما في قوله إن شئتِ، وإن أريد بها الوقت لا يبطل كما في قوله متى شئت فوقع الشكُّ في البطلان بالقيام عن المجلس فلا يبطل مع الشك فاطرد كلام أبي حنيفة في المعنى بحمد الله سبحانه وتعالى.

ولو قال لها: إن لم أدخل هذه الدار سنةً فأنت طالق أو إن لم أكلم فلاناً سنة فأنتِ طالق فمضت السنةُ قبل أن يدخلها أو يكلمه يقع الطلاق.

وعلى هذا يخرج الإيلاء بأن قال لامرأته الحرة: والله لا أقربُك أربعةَ أشهر فمضت المدة ولم يقربها أنه يقع طلقة بائنة، لأن الإيلاء في الشرع جعل تعليق الطلاق بشرط عدم الفيء إليها في أربعة أشهر وهو المعني بالتعليق الحكمي لأن الشرع جعل الإيلاء في حق أحد الحكمين وهو البر تعليق الطلاق بشرط البرّ في المدة كأنه قال لها: إن لم أقربك أربعةَ أشهر فأنت طالق بائن، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[١] فإذا مضت المدة والمرأة في ملكه أو في العدة يقع وإلا فلا، كما في التعليق الحكمي على ما ذكرنا وله حكم آخر وهو الحنث عند القربان وسنذكره بحكمه في موضعه.

وأما التعليق بالملك فنحو أن يقول لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، وإنه صحيح عند أصحابنا حتى لو تزوجها وقع الطلاق، وعند الشافعي لا يصحّ ولا يقع الطلاقُ.

واحتج بقول النبي ﷺ: «لاَ طَلاَقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»[٢] والمراد منه التعليق لأن التنجيز مما لا يشكل، ولأن قوله أنتِ طالق في التعليق بالملك تطليق بدليل أن الطلاق عند وجود الشرط يقع به إذا لم يوجد كلام آخر سواء فكان الكلام السابق تطليقاً إلا أنه لم يثبت الحكم للحال للمانع وهو عدم الشرط والتصرف لا ينعقد تطليقاً إلا في الملك ولا ملك ههنا فلا ينعقد.

ولنا: أن قوله أنت طالق ليس تطليقاً للحال بل هو تطليق عند الشرط على معنى أنه علم على الانطلاق عند الشرط فيستدعي قيام الملك عنده لا في الحال، والملك موجود عند وجود الشرط، لأن الطلاق يقع بعد وجود الشرط.

وأما الحديث فنقول بموجبه أن لا طلاقَ قبل النكاح، وهذا طلاق بغير النكاح، لأن المتصرف جعله طلاقاً بعد النكاح على معنى أنه جعله علماً على الانطلاق بعد النكاح لا أن يُجعل منشئاً للطلاق بعد النكاح أو

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٧).

(٢) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه في «سننه» (١/ ٦٦٠) في الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح برقم (٢٠٤٧) من حديث المسور بن مخرمة وسنده حسن كما في «الزوائد».

وأخرجه بلفظ قريب منه:

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أبو داود في «سننه» في الطلاق برقم (٢١٩٠) والترمذي في «جامعه» برقم (١١٨١) وقال: حديث حسن وهو أحسن شيء روي في هذا الباب.

يبقى الكلام السابق إلى وقت وجود النكاح، لأن الثاني محال، والأول خلاف الحقيقة وإضافة الطلاق إلى الشرع لا إلى الزوج، وقيل في الجواب عن التعليق بالحدوث إن هذا ليس بطلاق بل هو يمين وتعليق الطلاق بالشرط.

وقوله: التنجيز لا يشكل، مسلَّم بعد ورود الحديث، فأما قبله فقد كان مشكلاً فإنه روي أن في الجاهلية كان الرجل يطلق أجنبية ويعتقد حرمتها فأبطل الحديث ذلك، والجواب الأول أحقّ وأدق والله الموفق.

وعلى هذا الخلاف إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت عندنا، ولو تزوج تلك المرأة ثانياً لا تطلق، وكذا هذا في قوله إن تزوجتك، لأنه ليس في لفظه ما يوجب التكرار.

ولو قال لأجنبية كلما تزوجتك فأنتِ طالق طلقت في كل مرة يتزوجها، لأن كلمة كل دخلتْ على العين، وكلمة كلما دخلتْ على الفعل، ولو تزوجها ثلاث مرات وطلقت في كل مرة وتزوجت بزوج آخر وعادت إلى الأول فتزوجها طلقتْ بخلاف ما إذا قال لمنكوحةٍ كلما دخلتِ الدار فأنت طالق فدخلت ثلاث مرات وطلقت في كل مرة ثم تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فدخلت إنها لا تطلق عندنا خلافاً لزفر، لأن المعلَّق هناك طلقات الملك القائم المبطلة للحال القائم وقد بطل ذلك بالثلاث ولم توجد الإضافة إلى سبب ملك حادث وحل مستأنف فلم يتعلق ما يملك به من الطلقات، وههنا قد علق الطلاق بسبب الملك وأنه صحيح عندنا فيصير عند كل تزوُّجٍ يوجد منه لامرأة قائلاً لها أنت طالق سواء كانت هذه التي تكرر عليها طلاقها أو غيرها من النساء.

وعلى هذا الخلاف الظهار والإيلاء، فإن قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي، أو قال والله لا أقربك والله أعلم.

ولو قال لامرأته: أنت طالق إن كانت السماء فوقنا، أو قال أنت طالق إن كان هذا نهاراً أو إن كان هذا ليلاً وهما في الليل أو في النهار يقع الطلاق للحال لأن هذا تحقيق وليس بتعليق بشرط إذ الشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وهذا موجود.

ولو قال: إن دخل الجمل في سَمّ الخياط فأنتِ طالق لا يقع الطلاق لأن غرضه منه تحقيق النفي حيث علّقه بأمرٍ محالٍ.

وأما الإضافة إلى الوقت فالزوج لا يخلو إما إن إضاف الطلاق إلى الزمان الماضي، وإما إن أضافه إلى الزمان المستقبل، فإن أضافه إلى الزمان الماضي ينظر إن لم تكن المرأة في ملكه في ذلك الوقت لا يقع الطلاق، وإن كانت في ملكه يقع الطلاق للحال وتلغو الإضافة، بيانه ما إذا قال لامرأته أنت طالق قبل أن أتزوجك لا يقع الطلاق، لأن تصحيح كلامه بطريق الإخبار ممكن، لأن المخبرَ به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الإنشاء إلا بإبطال الإسناد إلى الماضي فكان التصحيح بطريق الإخبار.

ولو قال لها أنت طالق أمس فإن كان تزوجها اليوم لا يقع لما قلنا، وإن كان تزوجها أول من أمس يقع الساعة، لأنه حينئذٍ تعذر تصحيحه بطريق الإخبار لانعدام المخبرِ به فيكون كذباً فيصحح بطريق الإنشاء ثم

تعذر تصحيحه إنشاء الإضافة، لأن إسناد الطلاق الموجود للحال إلى الزمان الماضي محال فبطلت الإضافة واقتصر الإنشاء على الحال فيقع الطلاق للحال.

ولو قال لأجنبية: أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ثم تزوجها وقع الطلاق، لأنه أوقع الطلاق بعد التزوُّج ثم أضاف الواقع إلى ما قبل التزوج فوقع الطلاق ولغت الإضافة.

وكذلك إذا قال: أنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك فتزوجها يقع الطلاق ويلغو قوله قبل أن أتزوجك، ولو قدم ذكر التزويج فقال إذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك أو قبل ذلك ثم تزوجها يقع الطلاق عند أبي يوسف وعند محمد: لا يقع.

وجه قول محمد: أن المعلّق بالشرط يصير كالمنجّز عند وجود الشرط فيصير قائلاً عند التزويج أنتِ طالق قبل أن أتزوجك، ولو نصّ على ذلك لا يقع، كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف: أنه أوقع الطلاق بعد التزوج ثم أضاف الواقع إلى زمان ما قبل التزوج فتلغو الإضافة ويبقى الواقع على حاله والله عز وجل أعلم.

ولو أضاف الزوج الطلاق إلى ما يُستقبَل من الزمان، فإن أضافه إلى زمانٍ لا ملكَ له في ذلك الزمان قطعاً لم يصح كما لو قال لها أنت طالق بعد موتي، وكذا إذا قال لها أنت طالق مع موتي أو مع موتك، لأن معناه بعد موتي أو بعد موتك، لأن الطلاق معلّق بوجود الموت فصار الموت شرطاً إذ الجزاء يعقب الشرط فكان هذا إيقاع الطلاق بعد الموت ولا ملك بعد الموت فبطل.

ولو قال لامرأته وهي أمة: أنت طالق اثنتين مع عتق مولاك فأعتقها مولاها فإن زوجها يملك الرجعة، لأنه تعلق طلاقها بعتق مولاها فصار عتق مولاها شرطاً لوقوع الطلاق فيقع بعد تمام الشرط وهي حرة في ذلك الوقت.

ولو قال لها: إذا جاء غد فأنت حرة فجاء غدٌ طلقت اثنتين ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هذا والأول سواء يملك الرجعة ولا خلاف في أن عدتَها ثلاثُ حيض.

وجه قول محمد: أنه علق الطلاق والعتاق بمجيء الغد فكان حال وقوع الطلاق والعتاق واحداً وهو حال مجيء الغد فيقعان معاً والعتق حال وقوعه يكون واقعاً لأن الشيء حال وجوده يكون موجوداً والشيء في حال قيامه يكون قائماً، وفي حال سواده يكون أسود فالطلقتان يصادفانها وهي حرة فلا تثبت الحرمة الغليظة ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض، ولهذا لم تثبت الحرمة الغليظة في المسألة الأولى كذا هذا.

وجه قولهما: أن الطلاق والعتاق لما علقا بمجيء الغد وقعا معاً ثم العتق يصادفها وهي أمة، وكذا الطلاق فيثبت الحرمة الغليظة بثنتين، بخلاف المسألة الأولى، لأن ثَمَّةَ تعلقَ الطلاق بالعتق فيقع بعد ثبوت العتق ضرورةَ على ما بينا بخلاف العدة، فإن وجوب العدة يتعقب الطلاق، لأن الطلاق يصادفها وهي منكوحة ولا عدة على المنكوحة فلا يكون وجوبها مقارناً لوقوع الطلاق فكان عقيب الطلاق ضرورة وهي

حرة في تلك الحالة فكانت عدتها عدة الحرائر، والله عز وجل أعلم.

فإن قال لامرأته: أنت طالق غداً أو رأس شهر كذا أو في غد صحّ لوجود الملك وقت الإضافة، والظاهر بقاؤه إلى الوقت المضاف إليه فصحت الإضافة ثم إذا جاء غد أو رأس الشهر، فإن كانت المرأة في ملكه أو في العدة أو في أول جزء من الغد والشهر يقع الطلاق وإلا فلا كما في التعليق.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لامرأته أنت طالق متى لم أطلقك وسكت إنها طلقت، لأن متى للوقت فقد أضاف الطلاق إلى وقت لا يطلقها فيه فكما فرغ من هذه الألفاظ وسكت وجد هذا الوقت فيقع الطلاق، وكذا إذا قال لها أنت طالق ما لم أطلّقك، لأن معنى قوله ما لم أطلقك أي في الوقت الذي لا أطلقك يقال في العرف ما دمت تفعل كذا أفعل كذا أي في الوقت الذي تفعل؛ وقال الله تعالى خبراً عن عيسى عليه الصلاة والسلام ﴿وَأَوصَانِيْ بِالصَّلاةِ وَالزَّكَاةِ مَاْ دُمْتُ حَياً﴾[1] أي وقت حياتي فيصير كأنه قال:أنت طالق في الوقت الذي لا أطلقك فكما فرغ وسكت تحقق ذلك الوقت فيقع الطلاق.

ولو قال ذلك يطلقها موصولاً بأن قال لها أنت طالق ما لم أطلقك أنتِ طالق وذكر العبارتين الأخرتين فهي طالق هذه التطليقة دون التطليقة المضافة إلى زمانٍ لا يطلقها فيه عند أصحابنا الثلاثة، وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك أنت طالق تقع هذه الطلقة لا غير عندنا، وعند زفر يقع ثلاثُ تطليقات.

وجه قوله: أنه أضاف الطلاق إلى وقت لا طلاق فيه وكما فرغ من قوله ما لم أطلقك قبل قوله طالق وجد ذلك الوقت فيقع المضاف.

ولنا: أن المضاف إليه وقتٌ خالٍ عن الطلاق، ولما قال أنتِ طالق موصولاً بالكلام الأول فلم يوجد وقتٌ خالٍ عن الطلاق، لأن قوله أنت طالق بجملته طلاق، لأنه كلام واحد لكونه مبتدأ وخبراً فلم يوجد بين الكلامين وقت لا طلاق فيه فلا يقع الطلاق المضاف لانعدام المضاف إليه والله عز وجل أعلم.

ولو قال: أنتِ طالق غداً وقال عنيت آخر النهار لم يصدق في القضاء بالإجماع ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، ولو قال أنت طالق في غد وقال عنيت في آخر النهار يصدق في القضاء في قول أبـي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد لا يصدق في القضاء، وإنما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير، وإن لم يكن له نية يقع في أول جزء من الغدِ بلا خلاف.

وجه قولهما: أن الغد اسمُ زمانٍ والزمان إذا قُرن بالفعل يصير ظرفاً له سواء قرن به حرف الظرف وهو حرف في أو لم يقرن به، فإن قول القائل كتبتُ في يوم الجمعة ويومَ الجمعة سواءٌ فكان ذكر حرف الظرف والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو لم يذكر.

ولو قال: أنت طالق غداً، وقال عنيت آخرَ النهار لم يصدق في القضاء، ولهذا لو لم يكن له نيةٌ يقع في أول جزء من الغد. ولأبـي حنيفة أن ما كان من الزمان ظرفاً للفعل حقيقةً وهو أن يكون كله ظرفاً له يذكر بدون حرف الظرف وما كان منه ظرفاً له مجازاً وهو أن يكون بعضه ظرفاً له والآخر ظرف ظرفه يذكر مع

---

(1) سورة مريم، الآية: (٣١).

حروف الظرف، فلما قال أنت طالق غداً بدون حرف الظرف فقد جعل الغد كله ظرفاً للطلاق حقيقةً وإنما يكون كلّه ظرفاً للطلاق حقيقةً إذا وقع الطلاق في أول جزءٍ منه، فإذا وقع في أول جزء منه يبقى حكماً وتقديراً فيكون جميع الغد ظرفاً له بعضه حقيقةً وبعضه تقديراً، أما إذا وقع الطلاق في آخر النهار لا يكون كل الغد ظرفاً له بل يكون ظرف الظرف، فإذا قال عنيتُ آخرَ النهارِ فقد أراد العدول من الظاهر فيما يُتَّهَمُ فيه بالكذب فلا يُصدَّق في القضاء ويصدَّق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه، ولما قال أنت طالق في غدٍ فلم يجعل الغد كلمة ظرف للطلاق حقيقة بل جعله ظرف الظرف وبين أن الظرف الحقيقي للطلاق هو جزء من الغد وذلك غير معيَّن فكان التعيين إليه، فإذا قال عنيت آخر النهار فقد عين فيصدق في التعيين، لأنه نوى حقيقة كلامه ونظيره ما إذا قال: إن صمتُ في الدهر فعبدي حرٌّ فصام ساعة يحنث.

ولو قال: إن صمت الدّهر لا يحنث إلا بصوم الأبد بالإجماع لما قلنا كذا هذا إلا أنه إذا لم ينوِ شيئاً يقع الطلاق في أول جزء من الغد، لأن الأجزاء قد تعارضت فترجح الأول منها احتياطاً لثبوت الاستحقاق له من وجه الاحتمال أنه ذكر حرف الظرف لتأكيد ظرفية الغد لا لبيان أنه ظرف الظرف فترجح الجزء الأول على سائر الأجزاء عند استواء الكلّ في الجواز بثبوت الاستحقاق من وجه فيقع في الجزء الأول، وقد خرج الجواب عن قولهما إن دخول حرف الظرف في الغد وعدم الدخول سواءٌ، لأنا قد بينا أنهما يستويان، والله عز وجل أعلم.

ولو قال لامرأته: أنت طالق اليوم وغداً يقع الطلاق في اليوم، لأنه جعل الوقتين جميعاً ظرفاً لكونها طالقاً ولن يكون الوقتان جميعاً ظرفاً إلا عند الوقوع في أولهما، لأنه لو تأخر الوقوع إلى الغد لكان الظرف أحدَهما.

ولو قال: أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به، لأنه في الأول أوقع الطلاق في اليوم ووصف اليوم بأنه غد وهو محال فلغا قوله غداً وبقي قوله اليوم فيقع الطلاق في اليوم، وفي الثاني أضاف الطلاق إلى الغد ووصف الغد بأنه اليوم وهو محال فلغا قوله اليوم وبقي قوله غداً فيقع الطلاق في غد.

ولو قال لها: أنت طالق متى شئت أو متى ما شئتِ أو إذا شئت أو إذا ما شئت أو كلما شئت لا يقع الطلاق ما لم تشأ فإذا شاءت وقع، لأنه أضاف الطلاق إلى وقت مشيئتها ووقت مشيئتها هو الزمان الذي توجد فيه مشيئتها فإذا شاءت فقد وجد ذلك الزمان فيقع ولا يقتصر هذا على المجلس، بخلاف قوله إن شئت وما يجري مجراه، لأن هذا إضافة وذا تمليك لما نبين في موضعه.

وعلى هذا الأصل يخرج الطلاق في العدة وجملة الكلام فيه أن المرأة لا تخلو إما إن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو خلع، فإن كانت معتدة من طلاق رجعي يقع الطلاق عليها سواء كان صريحاً أو كناية لقيام الملك من كل وجه، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، ولهذا يصح ظهاره وإيلاؤه ويثبت اللعان بينهما وهذه الأحكام لا تصح إلا في الملك، وإن كانت معتدة من طلاق بائن أو خلع وهي المبانة أو

المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا، وقال الشافعي[1] لا يلحقها.

وجه قوله: أن الطلاق تصرف في الملك بالإزالة والملك قد زال بالخلع والإبانة وإزالة الزائل محال، ولهذا لم يصح الخلع والإبانة.

ولنا: ما روي عن رسولِ اللَّهِ ﷺ أنه قال: «المختلعةُ يَلْحقُها صريحُ الطَّلاقِ مَا دَامتْ في العِدَّةِ»[2] وهذا نص في الباب، ولأنها بالخلع والإبانة لم تخرج من أن تكون محلاً للطلاق، لأن حكم الطلاق إن كان ما ينبىء عنه اللفظ لغة وهو الانطلاق والتخلي وزوال القيد فهي محل لذلك، لأنها مقيدة في حال العدة، لأنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر، والقيد هو المنع، وإن كان ما لا ينبىء عنه اللفظ لغة وهو زوال حل المحلية شرعاً فحل المحلية قائم، لأنه لا يزول إلا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق، وبه تبيَّن أن قوله الطلاق تصرف في الملك بالإزالة غير سديد، لأن زوال الملك لا ينبىء عنه اللفظ لغة ولا يدل عليه شرعاً.

ألا ترى أن الطلاق الرجعي واقع ولا يزول الملك بالإجماع، ولو راجعها لا ينعدم الطلاق بل يبقى أثره في حق زوال المحلية، وإن انعدم أثره في حق زوال الملك بخلاف الإبانة، لأنها إزالة الملك والملك دليل.

وأما الكناية فهل يلحقها، ينظر إن كانت رجعية وهي ألفاظ وهي قوله اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يلحقها حتى لو قال لها: اعتدي لا يلحقها شيء وجه هذه الرواية أن هذه كناية والكناية لا تعمل إلا في حال قيام الملك كسائر الكنايات، وجه ظاهر الرواية أن الواقع بهذا النوع من الكناية رجعي فكان في معنى الصريح فيلحق الخلع والإبانة في العدة كالصريح، وإن كانت بائنة كقوله أنت بائن ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف، لأن الإبانة قطع الوصلة والوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها ثانياً بخلاف الطلاق، لأنه إزالة القيد وإزالة حل المحلية وكل ذلك قائم، ولأنه يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الإخبار، لأن المخبر به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الإنشاء، لأن إبانة المبان محال فيصحح بطريق الإخبار، لأنه يكون كذباً فيصحح بطريق الإنشاء، ولأن الإبانة تحريم شرعاً وهي مَحرمة وتحريم المحرم محال، وسواء نجز الإبانة في حال قيام العدة أو علقها بشرط بأن قال لها في العدة إن دخلت هذه الدار فأنت بائن ونوى الطلاق حتى لو دخلت الدار وهي في العدة لا يقع الطلاق، لأن الإبانة قطع الوصلة فلا ينعقد إلا في حال قيام الوصلة وهو الملك ولم يوجد فلا ينعقد.

ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت بائن أو حرام ونحو ذلك ثم أبانها أو خالعها ثم دخلت الدار وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالشرط في قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا يقع ويبطل التعليق.

---

(١) تقدم الإشارة إليه عنده.

(٢) لم أجده مرفوعاً وإنما أخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» قال ثنا وكيع عن علي بن المبارك عن يحيى بن أبي كثير قال: كان عمران بن حصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدي من زوجها: لها طلاق ما كانت في عدتها». ورجال هذا السند على شرط الجماعة كما في «الجوهر النقي» (٢/ ١٠٧ ـ ١٠٨).

وجه قوله: أن التعليق بالشرط يصير تنجيزاً عند الشرط تقديراً، ولو نجز الإبانة عند الشرط لا يقع شيء لعدم الملك.

ولنا: أن التعليق وقع صحيحاً لقيام الملك عند وجوده من كل وجه فانعقد موجباً للبينونة وزوال الملك عند وجود الشرط من كل وجه إلا أن الإبانة الطارئة أوجبت زوال الملك من وجه للحال وبقي من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار الملك فخرج التعليق من أن يكون سبباً لزوال الملك عند الشرط من كل وجه لزوال الملك من وجه للحال بالتنجيز فبقي سبباً لزوال الملك من وجه وفيه تصحيح التصرفين في حق الحكم بقدر الإمكان فكان أولى من تصحيح أحدهما وإبطال الآخر بخلاف تنجيز الإبانة على المعتدة المبانة وتعليقها أنهما لا يصحان لأن ثمة الملك وقت التنجيز والتعليق قائم من وجه دون وجه فقيامه من وجه لقيام العدة يوجب الصحة وزواله من وجه يمنع الصحة وما لم تعرف صحته إذا وقع الشك في صحته لا يصح بالشك، بخلاف التعليق في مسألتنا لأنه وقع صحيحاً بيقين لقيام الملك من كل وجه فتنجيز الإبانة المعترضة يقع الشك في بطلانه فلا يبطل مع الشك فهو الفرق بين الفصلين والله عز وجل أعلم.

ولو آلى منها لم يصح إيلاؤه في حكم البر، لأن الإيلاء في حق أحد الحكمين وهو البر تعليق الإبانة شرعاً وشرط البر وهو عدم القربان في المدة وقيام الملك شرط صحة الإبانة تنجيزاً كان أو تعليقاً كما في التعليق الحقيقي على ما مر، لأن الطلاق في الإيلاء إنما يقع عند مضي المدة من غير قربانها ويصير فيه ظالماً بمنع حقها في الوطء في المدة ولا حق للمبانة والمختلعة في الوطء فلا يصح الإيلاء في حق الطلاق.

ولو آلى من زوجته ثم أبانها ونوى الطلاق أو خلعها قبل مضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر قبل أن يقربها وهي في العدة وقع الطلاق عندنا خلافاً لزفر بناءاً على أن الإبانة الناجزة يلحقها الإبانة بتعليق سابق عندنا خلافاً له ولا يصح ظهاره من المبانة والمختلعة، لأن الظهار تحريم والمحرمة قد تثبت بالإبانة والخلع السابق وتحريم المحرم ممتنع، ولو علق الظهار بشرط في الملك بأن قال لامرأته إن دخلتِ الدار فأنت عليَّ كظهر أمي ثم أبانها فدخلت الدار وهي في العدة لا يصير مظاهراً منها بالإجماع، وهذا حجة زفر.

ووجه الفرق لنا بين الظهار وبين الكناية البائنة من وجهين أحدهما: ما ذكرنا أن الظهار يوجب حرمة مؤقتة بالكفارة وقد تثبت الحرمة بالإبانة من كل وجه فلا يحتمل التحريم بالظهار بخلاف الكناية المنجزة لأنها توجب زوال الملك من وجهٍ دونَ وجهٍ قبل انقضاء العدة فلا يمنع ثبوت حكم التعليق.

والثاني: أن الظهار يوجب حرمة ترتفع بالكفارة والإبانة توجب حرمة لا ترتفع إلا بنكاح جديد فكانت الحرمة الثابتة بالإبانة أقوى الحرمتين والثابتة بالظهار أضعفهما فلا تظهر بمقابلة الأقوى بخلاف تنجيز الكناية وتعليقها، فإن كل واحد منهما في إيجاب البينونة وزوال الملك على السواء فيعمل بهما بالقدر الممكن، وفيما قلنا عمل بهما جميعاً على ما بينا، ولو خيرها في العدة لا يصح بأن قال لها: اختاري فاختارت نفسها في العدة حتى لا يقع شيء بالإجماع، لأن التنجيز تمليك والتمليك بلا ملك لا يتصور.

ولو قال لامرأته: إذا جاء غد فاختاري ثم أبانها فاختارت نفسها في العدة لا يقع شيء بالإجماع، وهذا أيضاً حجة زفر.

والفرق لنا بين التنجيز وبين تعليق الكناية الثابتة بشرط أنه لما قال لها إذا جاء غدٌ فاختاري فقد ملكها الطلاق غداً، ولما أبانها فقد أزال الملك للحال من وجه وبقي من وجه على ما بينا، والملك من وجه لا يكفي للتمليك ويكفي للإزالة كما في الاستيلاد والتدبير المطلق حتى لا يجوز بيع أم الولد والمدبر المطلق ويجوز إعتاقهما كذا هذا، ولأن التنجيز يعتبر فيه جانب الاختيار لا جانب التنجيز، والتعليق يعتبر فيه جانب اليمين لا جانب الشرط بدليل أنه لو شهد شاهدان بالتنجيز وشاهدان بالاختيار، ثم رجع الشهود فالضمان على شاهدي الاختيار لا على شاهدي التنجيز، وبمثله لو شهد شاهدان باليمين وشاهدان بالدخول، ثم رجعوا ضمن شهود اليمين لا شهود الدخول وإذا كان المعتبر في التنجيز هو اختيار المرأة لا تخيير الزوج يعتبر قيام الملك وقت اختيارها وهي مبانة وقت اختيارها فلم يقع شيء ولما كان المعتبر في التعليق هو اليمين لا الشرط يعتبر قيام الملك وقت اليمين لا وقت الشرط، ولو قذفها بالزنا لا يلاعن، لأن اللعان لم يشرع إلا بين الزوجين، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾[1] والزوجية قد انقطعت بالإبانة والخلع، وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة كحرمة المصاهرة والرضاع، فإن الطلاق لا يلحقها وإن كانت في العدة، لأن تحريم المحرم لا يتصور ولأن الثابت بالطلاق حرمة مؤقتة، والثابت بالرضاع والمصاهرة حرمة مؤبدة والحرمة المؤبدة أقوى الحرمتين فلا يظهر الأضعف في مقابلة الأقوى، وكذلك لو اشترى امرأته بعدما دخل بها لا يلحقها الطلاق، لأنها ليست بمعتدة.

ألا ترى أنه يحل له وطؤها ولا يحل وطء المعتدة بحال، وكذا لو قال لمنكوحته وهي أمة الغير أنت طالق للسنة ثم اشتراها وجاء وقت السنة لا يقع شيء لما ذكرنا أنها ليست بمعتدة والطلاق المعلق بشرط أو المضاف إلى وقت لا يقع في غير ملك النكاح والعدة.

ولو قال العبد لامرأته وهي حرة: أنت طالق للسنة ثم أبانها، ثم جاء وقت السنة يقع عليها الطلاق لأنها معتدة منه، وكذلك إذا قال الرجل لامرأته وهي أمة الغير أنت طالق للسنة ثم اشتراها فأعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق لأنها معتدة منه لظهور حكم العدة بعد الإعتاق، وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع على المرأة طلاقه وإن كانت في العدة لأن العصمة قد انقطعت بينهما بلحاقه بدار الحرب فلا يقع عليها طلاقه كما لا يقع على المرأة طلاقه بعد انقضاء العدة، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع طلاقه عليها، لأن المانع من الطلاق اختلافُ الدارين وقد زال، فإن ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع طلاق الزوج عليها، لأن العصمة قد انقطعت بلحاقها بدار الحرب فصارت كالمنقضية العدة، فإن عادت قبل الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يقع طلاقه عليها.

وجه قول أبي يوسف: أن العدة باقية حقيقة إلا أنه لم يظهر حكمها للحال لمانع وهو اللحاق لاختلاف الدارين، فإن عادت إلى دار الإسلام فقد زال المانع فظهر حكم العدة كما في جانب الرجل.

ولأبي حنيفة أن المرتدة بلحاقها بدار الحرب صارت كالحربية الأصلية، ألا ترى أنها تسترق كالحربية

---

(١) سورة النور، الآية: (٦).

فبطلت العدة في حقها أصلاً فلا تعود بعودها إلى دار الإسلام بخلاف المرتد.

وعلى هذا الأصل يخرج عدد الطلاق قبل الدخول أنه إن أوقع مجتمعاً يقع الكل وإن أوقع متفرقاً لا يقع إلا الأول، لأن الإيقاع إذا كان مجتمعاً فقد صادف الكل محله وهو الملك فيقع الكل وإذا كان متفرقاً فقد بانت بالأول والثاني والثالث صادفها ولا ملك ولا عدة فلا يقع.

وبيان هذا الأصل في مسائل إذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثاً، أو قال: أنت طالق ثنتين وقع ذلك عند عامة العلماء، وقال الحسن البصري لا يقع إلا واحدة ويلغو قوله ثلاثاً أو ثنتين.

وجه قوله: أن قوله أنت طالق كلام تام لكونه مبتدأ وخبراً، وقد سبق العدد في الذكر فيسبق في الوقوع فبين بقوله أنت طالق، والعدد يصادفها بعد حصول البينونة فيلغو كما إذا قال أنت طالق وطالق.

ولنا: أنه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة ودلالة الوصف من وجهين:

أحدهما: أن العدد هو الواقع وهو الثلاث وقد أوقع الثلاث مجتمعاً.

والثاني: أن الكلام إنما يتم بآخره، لأن المتكلم ربما يعلق كلامه بشرط أو بصفة إلى وقت أو يلحق به الاستثناء لحاجته إلى ذلك فيقف أول الكلام على آخره، وإذا وقف عليه صار الكل جملة واحدة فيقع الكل جملة واحدة ولا يتقدم البعض على البعض، ولهذا لو قال لها أنت طالق واحدة فماتت بعد قوله طالق قبل قوله واحدة لم يقع شيء، لأن الواقع هو العدد وذلك وجد بعد الموت. وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله فماتت بعد قوله ثلاثاً قبل قوله إن شاء الله لا يقع شيء، لأنه توقف أول الكلام على وجود آخره المغيِّر له فلم يتعلق بأوله حكم فلا يقع به شيء في حال الحياة ولا يقع بعد الموت لعدم التطليق عند وجود الاستثناء وعدم المحل أيضاً، وكذلك إذا ذكر بعده ما هو صفة له وقع بتلك الصفة كما إذا قال أنتِ طالق بائن أو حرام، لأن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يفصل البعض عن البعض في الوقوع.

وفائدة هذا لا تظهر في التنجيز، لأن الطلاق قبل الدخول لا يقع إلا بائناً سواء وصفه بالبينونة أم لم يصفه وإنما تظهر في التعليق بأن يقول لها أنت طالق بائن إن دخلت الدار أنه لا يتنجز بل يتعلق بالدخول، لأن قوله بائن بين الإيقاع والشرط لا يقع فاصلاً بينهما لما ذكرنا أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلاً بين الإيقاع والشرط فلا يمنع التعليق بالشرط.

ولو قال لها: أنت طالق واحدةً مع واحدةٍ أو معها واحدةٌ يقع ثنتان، لأن كلمة مع للمقارنة فقد أوقع الطلاقين معاً فيقعان معاً كما لو كانت مدخولاً بها وكذا لو قال أنت طالق واحدةً قبلها واحدةٌ أو واحدة بعد واحدة، لأن هذا إيقاع طلقة واحدة للحال وإضافة طلقة أخرى إلى الزمان الماضي فيقع في الحال واحدة ولم تصح إضافة الأخرى إلى الماضي لما فيه من الاستحالة فيقع في الحال.

ولو قال أنت طالق واحدةً قبلها واحدةٌ أو واحدة بعدها واحدة يقع واحدة لأنه أوقع تطليقة واحدة وأعقبها بتطليقة أخرى فوقعت الأولى ولغت الثانية لعدم الملك والعدة، ولو كرر لفظ الطلاق فالأمر لا يخلو إما إن كرر بدون حرف العطف، وإما أن يكون بحرف العطف، وكل ذلك لا يخلو إما إن نجز أو علق، فإن

كرّر بغير حرف العطف ونَجّزَ بأن قال: أنتِ طالق، أنتِ طالق أنتِ طالق، أو قال: أنت طالق طالق طالق يقع الأولى ويلغو الثانية والثالثة لأنه أوقع متفرقاً، أما في قوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق فلأن كل واحد من هذه الألفاظ الثلاثة كلام تام، لأنه مبتدأ وخبر، وكل واحد منهما وجد متفرقاً فكان كل واحد منهما إيقاعاً متفرقاً فيقتضي الوقوع متفرقاً فتحصل البينونة بالأولى والثاني والثالث يصادفها ولا ملك ولا عدة فيلغوا.

وكذلك إذا قال: أنت طالق طالق طالق، لأن الثاني والثالث خبر لا مبتدأ له فيعاد المبتدأ كأنه قال: أنت طالق أنت طالق، وإن علق بشرط، فإن قدم الشرط بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق طالق طالق فالأولى يتعلق بالشرط لوجود التعليق الصحيح وهو ذكر شرط وجزاءٍ في الملك والثاني ينزل في الحال، لأن قوله أنت طالق إيقاعٌ تام.

وقوله: وطالق معناه أنت طالق وأنه إيقاعٌ تامٌ، لأنه مبتدأ وخبر وقد صادف محله وهو المنكوحة فيقع ويلغو الثالث لوقوع البينونة بالإيقاع.

ولو تزوجها ودخلت الدار ينزل المعلّق، لأن اليمين باقية، لأنها لا تبطل بالإبانة فوجد الشرط وهي في ملكه فينزل الجزاء، ولو دخلت الدار بعد البينونة قبل التزوج تنحل اليمين ولا يقع الطلاق، وإن كانت مدخولاً بها فالأول يتعلق بالشرط لما ذكرنا، والثاني والثالث ينزلان للحال، لأن كل واحد منهما إيقاع صحيح لمصادفته محله، وإن أخر الشرط بأن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن دخلت الدار، أو قال أنت طالق طالق طالق إن دخلت الدار فالأول ينزل في الحال، لأنه إيقاع تام صادف محله ويلغو الثاني والثالث بحصول البينونة بالأولى فلم يصح التعليق لعدم الملك، وإن كانت مدخولاً بها يقع الأول والثاني للحال ويتعلق الثالث بالشرط، لأن الأول والثاني كل واحد منهما إيقاع تام لكونه مبتدأ وخبراً وقد صادف محله فوقع للحال والثالث علقه بالشرط فتعلق به لحصول التعليق حال قيام العدة فصادف التعليق محله فصح، بخلاف الفصل الأول، وإن كرر بحرف العطف، فإن نجز الطلاق بأن قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو قال أنت طالق فطالق فطالق لا يقع إلا الأول بلا خلاف، لأنه أوقع الثلاث متفرقاً لوجود حروف موضوعةٍ للتفرق، لأن ثم للترتيب مع التراخي والفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الطلقة الأولى يمنع من ترتيب الثانية والثالثة عليها، وكذلك إذا قال أنت طالق وطالق وطالق عند عامة العلماء، وقال مالك يقع الثلاث.

وجه قوله: أن الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكان هذا إيقاع الثلاث جملة واحدة كأنه قال أنت طالق ثلاثاً.

ولنا: أن الواو للجمع المطلق والجمع المطلق في الوجود لا يتصور بل يكون وجوده على أحد الوضعين عيناً: إما القران وإما الترتيب فإن كان الوقوع بصفة الترتيب لا يقع إلا الأول وإن كان بصفة القران يقع الثاني والثالث فيقع الشكّ في وقوع الثاني والثالث فلا يقع بالشك وإن علق بشرط فإما إن قدم الشرط على الجزاء وإما إن أخره عنه فإن قدمه بأن قال إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق وطالق وطالق تعلق الكل بالشرط بالإجماع حتىٰ لا يقع شيء قبل دخول الدار فإذا دخلت الدار قبل الدخول بها لا يقع إلا واحدة في قول

أبـي حنيفة، وإن دخلت الدار قبل الدخول بها فيقع الثلاث بالإجماع لكن عند أبـي حنيفة على التعاقب، وعندهما يقع على الجمع.

وعلى هذا الخلاف إذا قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق وطالق وطالق فتزوجها لا يقع إلا واحدة عنده، وعندهما يقع الثلاث.

ولو قال: إنْ تزوجتك فأنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي فتزوجها طلقت ولم يصِرْ مظاهراً منها عنده خلافاً لهما، ولو قدَّم الظهار على الطلاق بأن قال إن تزوجتك فأنت عليَّ كظهر أمي وأنتِ طالق يقع الطلاق والظهار جميعاً بالإجماع وجه قولهما أنه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ودلالة الوصف أنه جمع التطليقات الثلاث بحرف الجمع وهو الواو والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع لغة وشرعاً.

أما اللغة: فإن قول القائل جاءني زيد وزيد وزيد، وقوله جاءني الزيدون سواء، وأما الشرع: فإن مَنْ قال لفلانٍ عليَّ ألف درهم ولفلان، كان الألف بينهما كما لو قال لهذين الرجلين عليّ ألف درهم، وكذا الفضولي إذا زوج رجل امرأة وفضولي آخر زوج أخت تلك المرأة من ذلك الرجل فبلغه النكاحان فقال أجزتُ نكاح هذه وهذه بطلِ النكاحان جميعاً كما لو قال أجزت نكاحهما فثبت أن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، ولو جمع بلفظ الجمع بأن قال إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ثلاثاً لوقع الثلاث سواء دخلتها قبل الدخول بها أو بعد الدخول كذا هذا، ولا يلزم التنجيز فإنه لو ذكر لفظ الجمع قبل الدخول بها بأن قال أنت طالق ثلاثاً يقع الثلاث، ولو ذكر بحرف الجمع لا يقع إلا واحدة بأن قال لها أنت طالق وطالق وطالق، لأن العطف والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع إذا صحّ العطف والجمع في التنجيز لم يصح، لأنه لما قال لها:أنت طالق فقد بانت بواحدة لعدم العدة فامتنع وقوع الثاني والثالث لانعدام محل الطلاق بخلاف التعليق بالشرط لأن التعليق بالشرط قد صح وصح التكلم بالثاني والثالث لأن ملكه قائم بعد التعليق فصحّ التكلم به وإذا صح التكلم بحرف الجمع صار التكلم به كالتكلم بلفظ الجمع، ولهذا وقع الثلاث إذا أخر الشرط كذا هذا.

ولأبـي حنيفة: أن قوله إن دخلتِ الدار فأنت طالق وطالق وطالق إيقاع الثلاث متفرقاً في زمان ما بعد الشرط فيقتضي الوقوع متفرقاً كما إذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق واحدة بعدها أخرى، ولا شك أن الإيقاع إن كان متفرقاً يكون الوقوع متفرقاً، لأن الوقوع على حسب الإيقاع لأنه حكمه، والحكم يثبت على وفق العلة.

والدليل عليه أنه أوقع الثلاث في زمانٍ ما بعد الشرط، لأن الإيقاع هو كلامه السابق إذ لا كلامَ منه سواه وكلامه متفرق، فإن قوله طالق كلامٌ تامٌ ومبتدأ وخبر، وقوله: وطالق معطوف على الأول تابعاً فيكون خبر الأول خبراً له كأنه قال أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، وهذه كلمات متفرقة فيكون الأول متفرقاً ضرورةً فيقتضي الوقوع متفرقاً وهو أن يقع الأول ثم الثاني ثم الثالث، فإن لم تكن المرأة مدخولاً بها فدخول الأول يمنع وقوع الثاني والثالث عقيبه لانعدام الملك والعدة، ولهذا لم يقع في التنجيز إلا واحدة لكون الإيقاع

متفرقاً إلا أن هناك أوقع متفرقاً في الحال في زمان بعد الشرط ولا يلزم ما إذا قال لها إن دخلتِ هذه الدار فأنت طالق ثلاثاً فدخلتها أنه يقع الثلاث، لأن هناك ما أوقع الثلاث متفرقاً بل أوقعها جملة واحدة، لأن قوله أنت طالق ثلاثاً موضوع العدد معلوم لغة.

ألا ترى أن في التنجيز كذلك، فكذا في التعليق ولا يلزم ما إذا أخر الشرط لأنهم وضعوا هذا الكلام عند تأخير الشرط ذكر الإيقاع الثلاث جملة، وإن كان متفرقاً من حيث الصورة لضرورةٍ دعتهم إلى ذلك وهي ضرورةُ تدارك الغلط، لأن الطلاق والعتاق مما يجري على اللسان غلطاً من غير قصد فوضعوا الشرط والاستثناء في الكلام لتدارك الغلط حتى إذا لم يكن ذلك عن قصد ألحق الرجل به الاستثناء فيقول إن شاء الله تعالى، أو يقول إن دخلت الدار فصار هذا الكلام عند تأخير الشرط لإيقاع الثلاث جملة وضعاً.

وإن كان من حيث الصورة متفرقاً لحاجتهم إلى تدارك الغلط وهم أهل اللسان فلهم ولاية الوضع والحاجة إلى تدارك الغلط عند تأخير الشرط لا عند تقديمه فيجب العمل بحقيقة الوضع الآخر عند التقديم ولا يلزم ما إذا قال لامرأته إن دخلتِ هذه الدار فأنتِ طالق، ثم قال في اليوم الثاني إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، ثم قال في اليوم الثالث إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ثم دخلت الدار إنه يقع الثلاث، وإن كان الإيقاع متفرقاً، لأن هناك ما أوقع الثلاث متفرقاً في زمان ما بعد الشرط، لأن ذلك الكلام ثلاثة أيمان كل واحدة منها جعلت علماً على الانطلاق في زمان واحدٍ بعد الشرط فكان زمان ما بعد الشرط وهو دخول الدار وقت الحنث في الأيمان كلها فيقع جملة ضرورة، حتى لو قال لها إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ثم قال في اليوم الثاني إن دخلت هذه الدار الأخرى فأنت طالق، ثم قال في اليوم الثالث إن دخلت هذه الدار فأنت طالق لا يقع بكل دخلة إلا طلاق واحد، لأن الموجود ثلاثة أيمان لكل واحد شرط على حدة، بخلاف مسألتنا فإن الموجود يمين واحدة ولها شرط واحد.

وقد جعل الحالف جزاء هذه اليمين إيقاعات متفرقة في زمان ما بعد الشرط فلا بد من تفرق الإيقاعات في زمان ما بعد الشرط فيقع كل جزاء في زمان، كما في قوله إن دخلت هذه الدار فأنت طالق واحدة بعدها أخرى، بخلاف ما إذا قال إن دخلتِ الدار فأنت طالق ونصف، لأن هناك ما أوقع متفرقاً بل مجتمعاً لأن قوله طالق ونصف اسم واحد بمسمى واحد.

وإن كان النصف معطوفاً على الواحد كقولنا أحد وعشرون ونحو ذلك فكان ذلك تطليقتين على الجمع، ولهذا كان في التخيير كذلك فكذلك في التعليق وبخلاف قوله إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين، لأن ذلك إيقاع الثلاث علة في زمان ما بعد الشرط، لأنه أوقع الواحدة ثم تدارك الغلط بإقامة الثنتين مقام الواحدة والرجوع عن الأول، والرجوع لم يصح لأن تعليق الطلاق لا يحتمل الرجوع عنه وصح إيقاع التطليقتين فكان إيقاع الثلاث بعد الشرط في زمان واحد كأنه قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، وههنا بخلافه.

وأما قوله: إنه جمع بين الإيقاعات بحرف الجمع وهو الواو فالجواب عنه من وجهين أحدهما: أن الواو للجمع المطلق من غير التعرض لصفة القران والترتيب والجمع المطلق في الوجود لا يتصور لأنه لا

يوجد إلا مقيداً بأحد الوصفين فبعد ذلك حمله على القران يكون عدولاً عن حقيقة الكلمة وجعلها مجازاً عن كلمة مع ونحن نحمله على الترتيب ونجعله مجازاً عن كلمة ثم فوقع التعارض فسقط الاحتجاج بحرف الواو مع ما أن الترجيح معنا من وجهين:

أحدهما: أن الحمل على الترتيب موافق للحقيقة لوجود الإيقاع متفرقاً حقيقةً لا موجب حرف الواو، والحمل على القران يخالف الحقيقة فكان الحمل على الترتيب أولى.

والثاني: أن الحمل على الترتيب يمنع من وقوع الثاني والثالث، والحمل على القران يوجب الوقوع فلا يثبت الوقوع بالشك على الأصل المعهود إن ما لم يكن ثابتاً ووقع الشك في ثبوته لا يثبت بالشك بخلاف مسألة الفضولي فإنه كما لا يجوز الجمع بين الأختين على المقارنة لا يجوز على الترتيب فأمكن العمل بحرف الواو فيما يقتضيه وهو الجمع المطلق وفي مسألة الإقرار توقف أول الكلام على آخره لضرورة تدارك الغلط والنسيان إذ قد يكون على إنسان حق لاثنين فيقر بكل الحق لأحدهما على السهو والغفلة ثم يتذكر فتدارك بهذه اللفظة فوقف أولُ الكلام على آخره وصارت الجملة إقراراً واحداً لهما للضرورة كما قلنا في تأخير الشرط في الطلاق، ومثل هذه الضرورة في مسألتنا منعدمة فيجب العمل بالحقيقة ولو علق بحرف الفاء بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق، فجعل الكرخي والطحاوي حرف الفاء ههنا كحرف الواو وأثبتا الخلاف فيه والفقيه أبو الليث جعله مثل كلمة بعد وعده مجمعاً عليه فقال إذا كانت غير مدخول بها لا يقع إلا واحدة بالإجماع.

وهكذا ذكر الشيخ الإمام الأجل الأستاذ علاء الدين رحمه الله تعالى: وهذا أقرب إلى الفقه، لأن الفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الأول يمنع من تعقب الثاني والثالث.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق فالأول يتعلق بالشرط والثاني يقع للحال ويلغو الثالث في قول أبي حنيفة كما إذا لم يذكر الواو ولا الفاء بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق طالق طالق، فإن تزوج بها ودخل الدار ولم تكن دخلت قبل ذلك الدار نزل المعلق، وإن كانت مدخولاً بها يتعلق الأول بالشرط وتقع الثانية والثالثة في الحال، فإن دخلت الدار وهي في العدة أو دخلتها بعد أن راجعها نزل المعلق.

وقال أبو يوسف ومحمد: يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شيء في الحال، وإذا دخلت الدار يقع واحدة، وإن كانت مدخولاً بها يقع الثلاث على التعاقب كما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة وبعدها واحدة؛ وكما قال أبو حنيفة في حرف الواو.

وجه قولهما: أن عطف البعض على البعض بحرف العطف، لأن ثم حرف عطف كالواو فيتعلق الكل بالشرط ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم، لأنه للترتيب مع التراخي فيعتبر أن معنى العطف في التعليق ومعنى الترتيب في الوقوع على ما نذكر.

ولأبي حنيفة أن قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق يمين تامة لوجود الشرط والجزاء وإنها منعقدة لحصولها في الملك، فلما قال ثم طالق، فقد تراخى الكلام الثاني عن الأول فصار كأنه سكت ثم قال لها

أنت طالق فيقع في الحال ولا يتعلق بالشرط، وأبو حنيفة يعتبر معنى الكلمة وهو التراخي في نفس الكلام، فكان الفصل بين الكلام الأول والثاني بالتراخي كالفصل بالسكوت على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وإن أخّر الشرط بأن قال أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار أو قال أنتِ طالق فطالق فطالق إن دخلت الدار تعلق الكل بالشرط، فإن وجد الشرط يقع الثلاث بالإجماع، لأن أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط لإيقاع الثلاث جملة في زمانٍ ما بعدَ الشرط لحاجتهم إلى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم.

ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار أنت طالق إن دخلت الدار أنت طالق إن دخلت الدار أو قدم الشرط بأن قال إن دخلت فأنت طالق قال ذلك ثلاثاً يتعلق الكل بالدخول فما لم تدخل لا يقع شيء، وإذا دخلت الدار دخلة واحدة يقع الثلاث بالإجماع لما قلنا إن هذه أيمان ثلاثة لها شرط واحد كل يمين إيقاع الطلاق الثلاث في زمانٍ واحد وهو ما بعد الشرط فكان إيقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لا متفرقاً، فإذا وجد الشرط يقع جملة.

ولو قال: أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار فالأول يقع للحال ويلغو الثاني والثالث في قول أبي حنيفة، وإن كانت مدخولاً بها يقع الأول والثاني للحال ويتعلق الثالث بالشرط.

وقال أبو يوسف ومحمد: يتعلق الكل بالشرط ولا يقع إلا واحدة، وإن كانت مدخولاً بها يقع الثلاث، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وجعل ثم عندهما في هذه الصورة كالواو والفاء.

وجه قولهما: على ظاهر الرواية عنهما: أن ثم حرف عطف كالواو والفاء ولها معنى خاص وهو التراخي فيجب اعتبار المعنيين جميعاً فاعتبرنا معنى العطف في تعليق الكل بالشرط كما في حرف الواو والفاء، واعتبرنا معنى التراخي في الوقوع وهذا يمنع وقوع الثانية والثالثة قبل الدخول بها.

وجه قول أبي حنيفة: أن كلمة ثم موضوعة للتراخي وقد دخلت على الإيقاع فيقتضي تراخي الثاني عن الأول في الإيقاع كأنه قال أنت طالق وسكت ثم قال فطالق وطالق إن دخلت الدار فيقع الأول للحال ويلغو الثاني والثالث؛ لأنهما حصلا بعد ثبوت البينونة بالأول فلا يقعان في الحال ولا يتعلقان بالشرط أيضاً لانعدام الملك وقت التعليق فلم يصح التعليق، فالحاصل أنهما يعتبران معنى التراخي في الوقوع لا في الإيقاع، وأبو حنيفة يعتبر معنى التراخي في الإيقاع لأن الحكم الإيقاع، واعتبار أبي حنيفة أولى، لأن كلمة التراخي دخلت على الإيقاع، والتراخي في الإيقاع يوجب التراخي في الوقوع لأن الحكم يثبت على وفق العلة، فأما القول بتراخي الوقوع من غير تراخي الإيقاع فقول بإثبات حكم العلة على وجه لا تقتضيه العلة وهذا لا يجوز.

وروي عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: أنت طالق أستغفر الله إن دخلت الدار موصولاً، أو قال سبحان الله أو الحمد لله أنه يُدَيَّن فيما بينه وبين الله تعالى ويقع في القضاء في الحال، لأن هذا كلام لا تعلق له بالطلاق فيكون فاصلاً بين الجزاء والشرط فيمنع التعليق كما لو سكت بينهما من غير ضرورة السعال فيقع في الحال في القضاء ولا يصدق إن أراد به التعليق، لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه نوى ما يحتمله كلامه، وكذا إذا تنحنح من غير سعال غَشِيَهُ أو تَسَاعَل، لأنه لما تنحنح من غير ضرورة أو

تَسَاعَلَ فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت.

ولو قال: أنت طالق واحدةً وعشرين أو واحدةً وثلاثين أو واحدة وأربعين أو قال أحداً وعشرين أوأحداً وثلاثين أو أحداً وأربعين وقعتْ ثلاثاً في قول أصحابنا الثلاثة. وقال زفر: لا يقع إلا واحدةٌ.

وجه قوله: أنه أوقع الثلاث متفرقاً، لأنه عطف عدداً على عدد فوقوع الأول يمنع وقوع الثاني كما إذا قال لها أنت طالق وطالق أو فطالق.

ولنا: أن قوله أحد وعشرين في الوضع كلام واحد وضع لمسمى واحد، ألا ترى أنه لا يمكن أن يتكلم به إلا على هذا الوجه فلا يفصل البعض عن البعض كقوله أنت طالق ثلاثاً.

وعلى هذا الخلاف إذا قال أنت طالق اثنتين وعشرين أو اثنتين وثلاثين أو اثنتين وأربعين، أو قال: اثني وعشرين أو اثني وثلاثين أو اثني وأربعين أنه ثلاث عندنا، وعند زفر اثنتان لما قلنا.

ولو قال: أنت طالق إحدى عشرة يمكن أن يتكلم على غير هذا الوجه بأن يأتي باللفظ المعتاد فيقول إحدى عشرة أو أحد عشر، فإذا لم يقل يعتبر عطفاً على الواحد فكان إيقاع العشرة بعد الواحد فلا يصح كما لو قال أنت طالق وطالق أو فطالق أو ثم طالق، وذكر الكرخي عن أبي يوسف في إحدى وعشرة أنه ثلاث، لأنه يفيد ما يفيده قولنا أحد عشر فكان مثله.

ولو قال: أنت طالق واحدة ومائة أو واحدةً وألفاً كان واحدةً، كذا رَوىٰ الحسن عن أبي حنيفة، لأنه كان يمكنه أن يتكلم به على غير هذا الوجه وهو أن يقول مائة وواحدة وألفاً وواحدة، لأن هذا هو المعتاد، فإذا قدم الواحدة فقد خالف المعتاد فلا يمكن أن يجعل الكل عدداً واحداً فيجعل عطفاً فيمتنع وقوع ما زال على الواحدة.

وقال أبو يوسف: إذا قال واحدة ومائة تقع ثلاثاً، لأن التقديم والتأخير في ذلك معتاد، ألا ترى أنهم يقولون في العادة مائة واحدة وواحدة ومائة على السواء، ولو قال أنت طالق واحدة ونصفاً يقع اثنتان في قولهم، لأن هذه جملة واحدة.

ألا ترى أنه لا يمكنه أن يتكلم بها إلا على هذا الوجه فكان هذا اسماً لمسمًى واحدٍ والطلاق لا يتجزأ فكان ذكر بعضه ذكراً للكل فكان هذا إيقاع تطليقتين كأنه قال لها: أنت طالق ثنتين.

ولو قال: أنت طالق نصفاً وواحدةً يقع عليها ثنتان عند أبي يوسف، وعند محمد واحدة، له أن التكلم على هذا الوجه غير معتاد بل العادة قولهم واحدة ونصفاً فإذا عدل عن المعتاد لم يمكن أن يجعل الكل عدداً واحداً فيجعل عطفاً، وأبو يوسف يقول: الاستعمال على هذا الوجه معتاد فإنه يقال واحدة ونصفاً وواحدة على السواء، ومنها الإضافة إلى المرأة في صريح الطلاق حتى لو أضاف الزوج صريح الطلاق إلى نفسه بأن قال أنا منك طالق لا يقع الطلاق وإن نوى وهذا عندنا، وقال الشافعي[1]: الإضافة إلى المرأة في صريح الطلاق حتى لو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ونوى الطلاق يصحّ.

(١) انظر «المهذب» (٢/ ٨١) و «المنهاج» صفحة (١٠٧).

وجه قوله: أن الزوج أضاف الطلاق إلى محله فيصح كما إذا قال لها أنا منك بائن أو أنا عليك حرام، ودلالة الوصف أن محل الطلاق المقيد لأن التطليق رفع القيد والرجل مقيَّد إذ المقيَّد هو الممنوع والزوج ممنوع عن التزوج بأختها وعن التزوج بأربع سواها فكان مقيداً فكان محلاً لإضافة الكناية المبينة إليه لما أن الإبانة قطع الوصلة وإنها ثابته من جانبه كذا هذا.

ولنا: الكتاب والسنة والمعقول: أما الكتاب فقوله عز وجل: ﴿فطلقوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] أمر سبحانه وتعالى بتطليقهن، والأمرُ بالفعل نهيٌ عن تركه وتطليق نفسه ترك لتطليق امرأته حقيقة، لأنه أضاف الطلاق إلى نفسه لا إلى امرأته حقيقة فيكون منهياً، والمنهي غير المشروع والتصرف الذي ليس بمشروع لا يعتبر شرعاً وهو تفسير عدم الصحة.

وأما السنة: فما روى أبو داود في سننه بإسناده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**تَزَوَّجُوا ولا تُطَلِّقوا فَإِنَّ الطلاقَ يهتزُّ لَهُ عَرشُ الرّحمن**»[2] نهى عن التطليق مطلقاً، سواء كان مضافاً إلى الزوج أو إلى الزوجة وأكد النهي بقوله: فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن، فظاهر الحديث يقتضي أن يكون التطليق منهياً سواء أضيف إلى الزوج أو إليها، ثم جاءت الرخصة في التطليق المضاف إلى الزوجة في نصوص الكتاب من قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لعدّتِهِنَّ﴾ وقوله تعالى: ﴿فإنْ طلَّقَهَا﴾ وقوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾[3] ونحو ذلك فبقي التطليق المضاف إلى الزوج على أصل النهي، والمنهي غير مشروع والتصرف الشرعي إذا خرج من أن يكون مشروعاً لا وجود له شرعاً فلا يصح ضرورة.

وأما المعقول فهو: أن قوله: أنا منك طالق إما أن يعتبر إخباراً عن كونه طالقاً كما يقتضيه ظاهر الصيغة، وإما أن يعتبر إنشاء وهو إثبات الانطلاق ولا سبيل إلى الثاني، لأنه منطلق وليس عليه قيد النكاح وإثبات الثابت محال فتعين الأول وهو أن يكون إخباراً عن كونه طالقاً وهو صادق في هذه الإخبار والدليل على أنه ليس عليه قيد النكاح وجهان:

أحدهما: أن قيد النكاح في جانب المرأة إنما ثبت لضرورة تحقيق ما هو من مقاصد النكاح وهو السكن والنسب، لأن الخروج والبروز يريب فلا يطمئن قلبه إليها وإذا جاءت بولد لا يثق بكونه منه، وهذه الضرورة منعدمة في جانب الزوج فلا يثبت عليه قيد النكاح.

والثاني: أن قيد النكاح هو ملك النكاح وهو الاختصاص الحاجز والزوج مالك، لأن المرأة مملوكة ملك النكاح والمملوك لا بد له من مالك ولا ملك لغير الزوج فيها فعلم أن الزوج مالكها فاستحال أن يكون مملوكاً بخلاف ما إذا أضاف الطلاق إليها.

فإن قال لها: أنت طالق أنه لا يمكن حمل هذه الصيغة على الإخبار، لأنه يكون كذباً لكونها غير منطلقة لثبوت قيد النكاح فيحمل على الإنشاء أنه ممكن لعدم الانطلاق قبله بخلاف الكناية المبينة، لأن

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٠).

الإبانة قطع الوصلة وإنها ثابتة في الطرفين، فإذا زالت من أحد الطرفين تزول من الطرف الآخر ضرورة لاستحالة اتصال شيء بما هو منفصل عنه والتحريم إثبات الحرمة وأنها لا تثبت من أحد الجانبين لاستحالة أن يكون الشخص حلالاً لمن هو حرام بخلاف الطلاق، لأنه إثبات الانطلاق ورفع القيد والقيد لم يثبت إلا من جانب واحد وأنه قائم.

وأما قوله الزوج ممنوع عن التزوج بأختها وأربع سواها فنعم لكن ذلك لم يثبت إلا من جانب واحد وأنه قائم، لأن المنع من ذلك كونه جمعاً بين الأختين في النكاح وهذا كان ثابتاً قبل النكاح.

ألا ترى لو تزوجهما جميعاً لم يجز، وسواء كانت الإضافة إلى امرأة معينة أو مبهمة عند عامة العلماء، حتى لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق أو قال لأربع نسوة له إحداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها صحت الإضافة، وقال نفاة القياس لا تصح إضافة الطلاق إلى المعينة.

وجه قولهم: لم يصلح محلاً للنكاح فلا يصلح محلاً للطلاق إذ الطلاق يرفع ما ثبت بالنكاح، وكذا لم يصلح محلاً للبيع والهبة والإجارة وسائر التصرفات فكذا الطلاق.

وأما عمومات الطلاق من الكتاب والسنة من نحو قوله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] وقوله: ﴿الطلاق مرتان﴾[2] وقوله سبحانه: ﴿فإنْ طَلَّقَها فلا تَحلُّ لَهُ مِنْ بعدُ حَتّى تَنْكِـحَ زَوْجاً غيرَهُ﴾[3] وقوله: ﴿لا جناحَ عليكُمْ إنْ طلقتم النِّسَاءَ مَا لَم تَمَسُّوهُنَّ﴾[4].

وقول النبي ﷺ: «كُلُّ طلاقٍ جائزٌ إلاّ طلاقَ الصبـيِّ والمعتُوه»[5] من غير فصلٍ بين طلاق وطلاق بين الطلاق المضاف إلى المعين والمجهول، ولأن هذا ليس بتنجيز الطلاق في الحقيقة بل هو تعليق من حيث المعنى بشرط البيان لما نذكر، والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط.

ألا ترى أنه يصح تعليقه بسائر الشروط فكذا بهذا الشرط بخلاف النكاح فإنه لا يحتمل التعليق بالشرط فلا تكون المجهولة محلاً للنكاح، وكذا الإجارة والبيع وسائر التصرفات.

وعلى هذا الوجه لا يكون هذا إيقاع الطلاق في المجهولة، لأنه تعليق بشرط البيان فيقع الطلاق في المبينة لا في المجهولة، على أنا إن قلنا بالوقوع كما قال بعضهم فهذه جهالة يمكن رفعها بالبيان فالطلاق يحتمل خطر الجهالة.

ألا ترى أنه يحتمل خطر التعليق والإضافة بحقيقة أن البيع يحتمل جريان الجهالة فإنه إذا باع قفيزاً من صبرة جاز، وكذا إذا باع أحد شيئين على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر جاز فالطلاق أولى، لأنه في احتمال الخطر فوق البيع.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٠).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٦).
(٥) تقدم تخريجه.

ألا ترى أنه يحتمل خطر التعليق والإضافة والبيع لا يحتمل ذلك، فلما جاز بيع المجهول فالطلاق أولى، وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بأن طلق واحدة من نسائه عيناً ثم نسي المطلقة حتى لا يحل له وطء واحدة منهن، لأن المقارن لما لم يمنع صحة الإضافة فالطارىء لأن لا يرفع الإضافة الصحيحة أولى، لأن المنع أسهل من الرفع والله عز وجل أعلم.

ومنها: الإضافة إلى جميع أجزائها أو إلى جزء جامع منها أو شائع، وجملة الكلام أنه لا خلاف أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء جامع منها كالرأس والوجه والرقبة والفرج أنه يقع الطلاق، لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن، يقال فلان يملك كذا وكذا رأساً من الرقيق، وكذا وكذا رقبة، وقال الله تعالى: ﴿أَوْ تحريرُ رقبةٍ﴾ والمراد بها الجملة، وفي الخبر «لعن الله الفروج على السروج» والوجه يذكر ويراد به الذات، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ شيءٍ هَالِكٌ إلا وَجهَهُ﴾[1] أي إلا هو ومن كفل بوجه فلان يصير كفيلاً بنفسه فيثبت أن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكان ذكرها ذكراً للبدن كأنه قال: أنت طالق، وكذا إذا أضاف إلى وجهها، لأن قوام النفس بها، ولأن الروح تسمى نفساً، قال الله سبحانه تعالى: ﴿اللَّهُ يتوفى الأَنْفُسَ حينَ مَوتِها والتي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِها﴾[2]، ولو أضاف الطلاق إلى دبرها لا يقع، لأن الدبر لا يعبر به عن جميع البدن بخلاف الفرج ولا خلاف أيضاً في أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء شائع منها بأن قال نصفك طالق أو ثلثك طالق أو ربعك طالق أو جزء منك أنه يقع الطلاق، لأن الجزء الشائع محل للنكاح حتى تصح إضافة النكاح إليه فيكون محلاً للطلاق، ولأن الإضافة إلى الجزء الشائع يقتضي ثبوت حكم الطلاق فيه، وأنه شائع في جملة الأجزاء بعذر الاستمتاع بجميع البدن لما في الاستمتاع به استمتاع بالجزء الحرام فلم يكن في إبقاء النكاح فائدة فيزول ضرورة.

واختلف فيما إذا أضاف الطلاق إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل والأصبع ونحوها.

قال أصحابنا: لا يقع الطلاق.

وقال زفر: يقع، وبه أخذ الشافعي[3].

وجه قولهما: أن اليد جزء من البدن فيصح إضافة الطلاق إليها كما لو أضاف إلى الجزء الشائع منها.

والدليل على أن اليد جزء من البدن أن البدن عبارة عن جملة أجزاء مركبة منها اليد فكانت اليد بعض الجملة المركبة والإضافة إلى بعض البدن إضافة إلى الكل كما في الجزء الشائع.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لعدَّتِهِنَّ﴾[4] أمر الله تعالى بتطليق النساء، والنساء جمع المرأة، والمرأة اسم لجميع أجزائها، والأمر بتطليق الجملة يكون نهياً عن تطليق جزء منها لا يعبر به عن جميع البدن؛ لأنه

---

(١) سورة القصص، الآية: (٨٨).
(٢) سورة الزمر، الآية: (٤٢).
(٣) انظر «الأم» (٥/ ١٨٦ ـ ١٨٧) و «المهذب» (٢/ ٨١) و «الوجيز» (٢/ ٥٧) و «المنهاج» ص (١٠٧).
(٤) سورة الطلاق، الآية: (١).

ترك لتطليق جملة البدن، والأمر بالفعل نهي عن تركه والمنهي لا يكون مشروعاً فلا يصح شرعاً، ولأن قوله: يدك طالق إضافة الطلاق إلى ما ليس محل الطلاق فلا يصح كما لو أضاف الطلاق إلى خمارها ودلالة الوصف أنه أضاف الطلاق إلى يدها، ويدها ليست بمحل للطلاق لوجهين:

أحدهما: أنها ليست بمحل للنكاح حتى لا تصح إضافة النكاح إليها فلا تكون محلاً للطلاق، لأن الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح، ألا ترى أنها لما لم تكن محلاً للإقالة، لأنها فسخ ما ثبت بالبيع كذا هذا.

والثاني: أن محل الطلاق محل حكم في عرف الفقهاء وحكم الطلاق زوال قيد النكاح، وقيد النكاح ثبت في جملة البدن لا في اليد وحدها، لأن النكاح أضيف إلى جملة البدن، ولا يتصور القيد الثابت في جملة البدن في اليد وحدها فكانت الإضافة إلى اليد وحدها إضافة إلى ما ليس محل الطلاق فلا يصح، وكذا يقال في الجزء الشائع، لأنه لا يثبت الحكم في البدن بالإضافة إلى الجزء الشائع بل لمعنى آخر وهو عدم الفائدة في بقاء النكاح على ما مر بيانه أو يضاف إليه، لأنه من ضرورات الإضافة إلى الجزء الشائع كمن قطع حبلاً مملوكاً له تعلق به قنديل غيره، وههنا لا ضرورة لو تثبت الحرمة في الجزء المعين مقصوراً عليه لإمكان الانتفاع بباقي البدن فكان بقاء النكاح مفيداً لكن لا قائل به على ما عرف في الخلافيات.

وأما قوله: اليد جزء من البدن فنقول: إن سلم ذلك لكنه جزء معين فلم يكن محلاً للطلاق بخلاف الجزء الشائع فإنه غير معين وهذا لأن الجزء إذا كان شائعاً فما من جزء يشار إليه إلا ويحتمل أن يكون هو المضاف إليه الطلاق فتعذر الاستمتاع بالبدن فلم يكن في بقاء النكاح فائدة بخلاف المعين على ما مر.

ومنها: قبول العوض من المرأة في أحد نوعي الخلع، وفي الطلاق على مال إذا لم يكن هناك قائل آخر سواها، أما الخلع فجملة الكلام فيه أن الخلع نوعان: خلع بعوض، وخلع بغير عوض، أما الذي هو بغير عوض فنحو إن قال لامرأته: خالعتك ولم يذكر العوض، فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا، لأنه من كنايات الطلاق عندنا، ولو نوى ثلاثاً كان ثلاثاً، وإن نوى اثنتين فهي واحدة عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر بمنزلة قوله: أنت بائن ونحو ذلك على ما مر.

وأما الثاني: وهو أن يكون مقروناً بالعوض لما ذكرنا بأن قال خالعتك على كذا وذكر عوضاً، واسم الخلع يقع عليهما إلا أنه عند الإطلاق ينصرف إلى النوع الثاني في عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشرعية حتى لو قال لأجنبي اخلع امرأتي فخلعها بغير عوض لم يصلح، وكذا لو خالعها على ألف درهم فقبلت ثم قال الزوج لم أنوِ به الطلاق لا يصدق في القضاء لأن ذكر العوض دليل إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق في العدول عن الظاهر بخلاف ما إذا قال لها: خالعتك ولم يذكر العوض ثم قال: ما أردت به الطلاق أنه يصدق إذا لم يكن هناك دلالة حال تدل على إرادة الطلاق من غضب أو ذكر طلاق على ما ذكرنا في الكنايات، لأن هذا اللفظ عند عدم ذكر التعويض يستعمل في الطلاق وفي غيره فلا بد من النية لينصرف إلى الطلاق بخلاف ما إذا ذكر العوض لأنه مع ذكر العوض لا يستعمل في العرف والشرع إلا للطلاق.

ثم الكلام في هذا النوع يقع في مواضع: في بيان ماهيته، وفي بيان كيفيته وفي بيان شرط صحته، وفي بيان شرط وجوب العوض، وفي بيان قدر ما يحل للزوج أخذه منها من العوض وما لا يحل، وفي بيان حكمه.

أما الأول: فقد اختلف في ماهية الخلع، قال أصحابنا: هو طلاق وهو مروي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وللشافعي قولان في قول مثل قولنا، وفي قول ليس بطلاق بل[1] هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، وفائدة الاختلاف: أنه إذا خالع امرأته ثم تزوجها تعود إليه بطلاقين عندنا، وعنده بثلاث تطليقات حتى لو طلقها بعد ذلك تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عندنا وعنده لا تحرم إلا بثلاث.

احتج الشافعي بظاهر قوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[2] إلى قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ ذكر سبحانه الطلاق مرتين، ثم ذكر الخلع بقوله: ﴿فلا جَنَاحَ عَلَيهما فِيمَا افتدتْ بِه﴾[3] ثم ذكر الطلاق أيضاً بقوله عزو جل ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ فلو جعل الخلع طلاقاً لازداد عدد الطلاق على الثلاث وهذا لا يجوز لأن الفرقة في النكاح قد تكون بالطلاق وقد تكون بالفسخ كالفرقة بعدم الكفاءة وخيار العتاقة والردة وإباء الإسلام ولفظ الخلع دليل الفسخ وفسخ العقد رفعه من الأصل فلا يكون طلاقاً كما لو قال: طلقتك على ألف درهم فقبلت.

ولنا: أن هذه فرقة بعوض حصلت من جهة الزوج فتكون طلاقاً، وقوله: الفرقة في النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة لا مقصوداً إذ النكاح لا يحتمل الفسخ مقصوداً عندنا، لأن جوازه ثبت مع قيام المنافي للجواز وهو الحرية في الحرة وقيام ملك اليمين في الأمة على ما عرف إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي وألحقه بالعدم لحاجة الناس وحاجتهم تندفع بالطلاق بعوض وغير عوض وانفساخه ضرورة فلا حاجة إلى الفسخ مقصوداً فلا يسقط اعتبار المنافي في حق الفسخ مقصوداً والانفساخ فيما ذكرنا من المواضع ما ثبت مقصوداً بل ضرورة ولا كلام فيه، ولأن لفظ الخلع/ يدل على الطلاق لا على الفسخ، لأنه مأخوذ من [أ/٨٠/ج] الخلع وهو النزع، والنزع إخراج الشيء من الشيء في اللغة، قال الله عز وجل: ﴿وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غِلٍّ﴾[4] أي أخرجنا، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَنَزَعَ يَدَهُ﴾[5] أي أخرجها من جيبه فكان معنى قوله: خلعها أي أخرجها عن ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن، وفسخ النكاح رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن رأساً فلا يتحقق فيه معنى الإخراج، وإثبات حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظ لغة أولى، ولأن فسخ العقد لا يكون إلا بالعوض الذي وقع عليه العقد كالإقالة في باب البيع.

والخلع على ما وقع عليه النكاح وعلى غيره جائز فلم يكن فسخاً.

وأما الآية فلا حجة له فيها، لأن ذكر الخلع يرجع إلى الطلاقين المذكورين إلا أنه ذكرهما بغير عوض ثم ذكر بعوض، ثم ذكر سبحانه وتعالى الثالثة بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾[6] فلم تلزم الزيادة على الثلاث بل

---

(١) القول بأن الخلع فسخ، هو القول المرجوح لدى الشافعية وقيل منسوب إلى القديم، وأما القول الراجح فهو: «إن الفرقة بلفظ الخلع طلاق» كما نص عليه النووي في «المنهاج» صفحة (١٠٥) وانظر «الأم» (١٩٨/٥) و «المهذب» (٧٦/٢) و «الوجيز» (٤١/٢) و «مغني المحتاج» (٢٦٨/٣).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٤) سورة الأعراف، الآية: (٤٣).

(٥) سورة الأعراف، الآية: (١٠٨).

(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٣٠).

يجب حمله على هذا لئلا يلزمنا القول بتغيير المشروع مع ما أنه قد قيل: إن معنى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ أي ثلاثاً، وبين حكم الطلقات الثلاث بقوله سبحانه: ﴿فلا تحلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوجاً غَيرَهُ﴾[1] فلا يلزم من جعل الخلع طلاقاً شرع الطلقة الرابعة، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان كيفية هذا النوع فنقول له كيفيتان إحداهما أنه طلاق بائن، لأنه من كنايات الطلاق وأنها بوائن عندنا، ولأنه طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بد وأن تملك هي نفسها تحقيقاً للمعاوضة ولا تملك نفسها إلا بالبائن فيكون طلاقاً بائناً، ولأنها إنما بذلت العوض لتخليص نفسها عن حبالة الزوج ولا تتخلص إلا بالبائن، لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شيء وهذا لا يجوز فكان الواقع بائناً، والثانية أنه من جانب الزوج يمين وتعليق الطلاق بشرط وهو قبولها العوض ومن جانبها معاوضة المال وهو تمليك المال بعوض حتى لو ابتدأ الزوج الخلع فقال خالعتك على ألف درهم لا يملك الزوج الرجوع عنه ولا فسخه ولا نهي المرأة عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها، ولا بشرط حضور المرأة بل يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو كانت غائبة فبلغها فلها القبول لكن في مجلسها، لأنه في جانبها معاوضة لما نذكر وله أن يعلقه بشرط ويضيفه إلى وقت نحو أن يقول إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم أو يقول: خالعتك على ألف درهم غداً أو رأس شهر كذا والقبول إليها بعد قدوم زيد وبعد مجيء الوقت حتى لو قبلت قبل ذلك لا يصح، لأن التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت تطليق عند وجود الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك هدراً، ولو شرط الخيار لنفسه بأن قال: خالعتك على ألف درهم على أني بالخيار ثلاثة أيام لم يصح الشرط، ويصح الخلع إذا قبلت.

وإن كان الابتداء من المرأة بأن قالت: اختلعت نفسي منك بألف درهم فلها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضاً، ولا يقف على ما وراء المجلس بأن كان الزوج غائباً حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يتعلق بشرط ولا ينضاف إلى وقت.

ولو شرط الخيار لها بأن قال: خالعتك على ألف درهم على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت جاز الشرط عند أبي حنيفة، وثبت لها الخيار حتى إنها إذا اختارت في المدة وقع الطلاق ووجب المال، وإن ردت لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال وعند أبي يوسف ومحمد: شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم، وإنما اختلف الجانبان في كيفية هذا النوع، لأنه طلاق عندنا.

ومعلوم أن المرأة لا تملك الطلاق بل هو ملك الزوج لا ملك المرأة، فإنما يقع بقول الزوج وهو قوله: خالعتك فكان ذلك منه تطليقاً إلا أنه علقه بالشرط والطلاق يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت لا تحتمل الرجوع والفسخ ولا يتقيد بالمجلس ويقف الغائب عن المجلس، ولا يحتمل شرط الخيار بل يبطل الشرط ويصح الطلاق.

وأما في جانبها فإنه معاوضة المال، لأنه تمليك المال بعوض، وهذا معنى معاوضة المال فتراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه وما ذكرنا من أحكامها إلا أن أبا يوسف ومحمداً يقولان في مسألة

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٠).

الخيار: إن الخيار إنما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ، لأنه طلاق عندنا، وجواب أبي حنيفة عن هذا أن يحمل الخيار في منع انعقاد العقد في حق الحكم على أصل أصحابنا فلم يكن العقد منعقداً في حق الحكم للحال بل/ هو موقوف في علمنا إلى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم على ما عرف في مسائل البيوع والله [ب/٨٠/ج] الموفق.

وأما ركنه فهو الإيجاب والقبول لأنه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الأول فإنه إذا قال: خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق فإنه يقع الطلاق عليها سواء قبلت أو لم تقبل لأن ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر إلى القبول، وحضرة السلطان ليست بشرط لجواز الخلع عند عامة العلماء فيجوز عند غير السلطان.

وروي عن الحسن وابن سيرين: أنه لا يجوز إلا عند السلطان والصحيح قول العامة، لما روي أن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم جوزوا الخلع بدون السلطان، ولأن النكاح جائز عند غير السلطان فكذ الخلع، ثم الخلع ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي في اللغة، وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل وهو الأمر والاستفهام، فجملة الكلام فيه: أن العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظة الخلع، وإما أن يكون بلفظة البيع والشراء، وكل ذلك لا يخلو: إما أن يكون بصيغة الأمر أو بصيغة الاستفهام، فإن كان بلفظة الخلع على صيغة الأمر يتم إذا كان البدل معلوماً مذكوراً بلا خلاف بأن قال لها: اخلعي نفسك مني بألف درهم فتقول: خلعت وإن لم يكن البدل مذكوراً من جهة الزوج بأن قال لها: اخلعي نفسك مني فقالت: خلعت بألف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج:خلعت.

والفرق: أن الأمر بالخلع ببدل متقوم توكيل لها، والواحد يتولى الخلع من الجانبين، وإن كان هذا النوع معاوضة، والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع، لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا، لأن الحقوق في باب الخلع ترجع إلى الوكيل، ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب النكاح.

وفي المسألة الأولى لا يمكن جعل الأمر بالخلع توكيلاً لجهالة البدل فلم يصح التوكيل فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستزيداً ومستنقصاً، وهذا لا يجوز وإن كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها: أخلعت نفسك مني بألف درهم، فقالت: خلعت، اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: يتم العقد، وقال بعضهم: لا يتم ما لم يقبل الزوج، وبعضهم فصل فقال: إن نوى به التحقيق يتم، وإن نوى به السوم لا يتم، لأن قوله: أخلعت نفسك مني يحتمل السوم بل ظاهره السوم، لأن معناه أطلب منك أن تخلعي نفسك مني فلا يصرف إلى التحقيق إلا بالنية فإذا نوى يصير بمعنى التوكيل والأمر.وإن كان بلفظ البيع والشراء بأن قال الزوج لها: اشتري نفسك مني، فإن ذكر بدلاً معلوماً بأن قال: بألف درهم ونحو ذلك فقالت: اشتريت.

اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: يتم العقد.

وقال بعضهم: لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت، والأول أصح، لأنه إذا ذكر بدلاً معلوماً صح الأمر والتوكيل، والواحد يصلح وكيلاً من الجانبين في الخلع لما بينا. وكذا إذا قال لها بالفارسية:

[خويشتن ازمن نجر بهزاردرم يا بكابين وهرنيه وعدت له واجب شوردا ازبس] طلاق فقالت: [خريدم] فهو على هذا، وإن لم يذكر البدل بأن قال لها: اشتري نفسك مني، فقالت: اشتريت لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت.

وكذلك إذا قال بالفارسية [خويشتن ازمن نجر] فقالت: [خريدم] ولم يقل الزوج [فروختم] لا يتم الخلع ولا تطلق حتى يقول: الزوج [فروختم] فرق بين هذا وبين ما إذا قال لها بلفظة الخلع اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق، فقالت: خلعت أنها لا تطلق، لأن قوله لها اخلعي مع نية الطلاق أمر لها بالطلاق بلفظة الخلع وأنها تملك الطلاق بأمر الزوج وتوكيله فيصح التوكيل والأمر فيتولى الخلع من الجانبين، وقوله لها اشتري نفسك [خويشتن ازمن نجر] أمر بالخلع بعوض، والعوض غير مقدر فلم يصح الأمر وإن كان بلفظ الاستفهام بأن قال لها: ابتعت نفسك مني فإن ذكر بدلاً معلوماً بأن قال: بألف درهم، أو قال: بمهرك ونفقة عدتك فقالت: ابتعت.

اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: يتم العقد، وقال بعضهم: لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وقال أبو بكر الإسكاف: يتم ويقع الطلاق.

وقال بعضهم: لا يتم إلا إذا أراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ العربية، والفرق بين الاستفهام والأمر على نحو ما بينا أنها بالأمر صارت وكيلة إذ الأمر بالخلع توكيل به إذا كان البدل مقدراً والواحد/ يصلح وكيلاً من الجانبين في الخلع ولم يوجد الأمر ههنا فلم يوجد التوكيل فيبقى الشخص الواحد [أ/٨١/ج] في عقد المعاوضة مستزيداً ومستنقصاً، وهذا لا يجوز وإن لم يذكر البدل بأن قال لها: ابتعت نفسك مني، فقالت ابتعت لا يتم ما لم يقل الزوج بعت؛ لأنه لا يتم في الأمر فلأن لا يتم في الاستفهام أولى، وسواء كان القبول منها أو من أجنبي بعد أن كان من أهل القبول، لأنها لو قبلت بنفسها يلزمها البدل من غير أن تملك بمقابلته شيئاً، بخلاف ما إذا اشترى لإنسان شيئاً على أن البدل عليه أن ذلك لا يجوز، لأن هناك الأجنبي ليس في معنى المشتري، لأن المشتري يملك بمقابلة البدل شيئاً والأجنبي لا، فلا يجوز إيجابه على من لا يملك بمقابلته شيئاً، والحاصل: أن الأجنبي إذا قال للزوج: اخلع امرأتك على أني ضامن لك ألفاً، أو قال: علىٰ ألف هو عليَّ، أو قال على ألفي هذه أو عبدي هذا أو على هذه الألف أو على هذا العبد ففعل صحّ الخلعُ واستحق المال.

ولو قال: علىٰ ألف درهم ولم يزد عليه وقف على قبول المرأة، ولو خلع ابنته وهي صغيرة على مالها ذكر في «الجامع الصغير» أنه لا يجوز ولم يبين أنه لا يجوز الخلع رأساً أو لا يجب البدل على الصغيرة.

واختلف مشايخنا منهم من قال: معناه أنه لا يجب عليها البدل، فأما الطلاق فواقع، ومنهم من قال: معناه أنه لا يقع الطلاق ولا يجب المال عليها.

وذكر الطحاوي في «اختلاف العلماء» أنه غير واقع في الخلاف ابتداء أنه لا يقع الطلاق عند أصحابنا، وقيل في المسألة روايتان.

والحاصل: أنه لا خلاف في أنه لا يجب المال عليها، لأن الخلع في جانبها معاوضة المال بما ليس بمال والصغيرة تتضرر بها وتصرف الإضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالهبة والصدقة ونحو ذلك، وإنما الاختلاف في وقوع الطلاق.

وجه القول الأول: أن صحة الخلع لا تقف على وجوب العوض، فإن الخلع يصح على ما لا يصح عوضاً كالميتة والدم والخنزير والخمر ونحو ذلك فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق.

وجه الثاني: أن الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق وقوع الطلاق بقبول يجب به المال وقبول الأب لا يجب به المال، لأنه ليس له ولاية للقبول على الصغيرة لكونه ضرراً بها، فإن خلعها الأب على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف عليه لما ذكرنا أن من شرط صحة الخلع في حق وقوع الطلاق ووجوب البدل قبول ما يصلح بدلاً ممن هو أهل القبول، والمرأة والأب والأجنبي في هذا سواء لما بينا.

وأما شرط وجوب العوض وهو المسمى في عقد الخلع فله شرطان.

أحدهما: قبول العوض، لأن قبول العوض كما هو شرط وقوع الفرقة من جانبه فهو شرط لزوم العوض من جانبها لما ذكرنا، سواء كان العوض المذكور في الخلع من مهرها الذي استحقته بعقد النكاح من المسمى ومهر المثل أو مالاً آخر وهو المسمى بالجعل فهذا الشرط يعم العوضين جميعاً.

والثاني: يخص الجعل، لأن ما يصلح عوضاً في النكاح يصلح عوضاً في الخلع من طريق الأولى، وليس كل ما يصلح عوضاً في الخلع يصلح عوضاً في النكاح، لأن باب الخلع أوسع إذ هو يتحمل جهالة لا يتحملها النكاح على ما نذكر، لذلك اختص وجوب المسمى فيه بشرط لم يشترط في النكاح لوجوب المسمى وهو تسمية مال متقوم موجود وقت الخلع معلوم أو مجهول جهالة قليلة أو كثيرة وإذا لم تكن متفاحشة، فإن وجد هذا الشرط وجب الجعل وإلا فلا يجب، وهل يجب عليها رد ما استحقته من المسمى أو مهر المثل بعقد النكاح، ينظر إن كان المسمى مالاً متقوماً يجب، وإن كان معدوماً وقت الخلع أو مجهولاً جهالة متفاحشة كجهالة الجنس وما يجري مجراها، وإن لم يكن المسمى مالاً متقوماً فلا شيء عليها أصلاً وتقع الفرقة، ثم الجعل في الخلع إن كان مما يصح تسميته مهراً في النكاح فحكمه حكم المهر أعني أن المسمى في النكاح إن كان مما يجبر الزوج على تسليم عينه إلى المرأة ففي الخلع تجبر المرأة على تسليم عينه إلى الزوج، وإن كان مما يتخير الزوج بين تسليم الوسط منه، وبين تسليم قيمته ففي الخلع تتخير المرأة كالعبد والفرس ونحو ذلك، لأن المسمى في العقدين جميعاً عوض عن ملك النكاح إلا أنه في أحدهما عوض عنه ثبوتاً، وفي الآخر سقوطاً فيعتبر أحد العقدين بالآخر في هذا/ الحكم والقيمة فيما يوجب الوسط منه أصل [ب/٨١/ج] لأن كونه وسطاً يعرف بها على ما مر في كتاب النكاح.

وبيان هذه الشرائط في مسائل: إذا خلع امرأته على ميتة أو دم أو خمر أو خنزير وقعت الفرقة ولا شيء له على المرأة من الجعل ولا يرد من مهرها شيئاً، أما وقوع الفرقة فلأن الخلع بعوض معلق بقبول المرأة ما جعل عوضاً ذكراً وتسمية سواء كان المسمى مما يصلح عوضاً أو لا، لأنه من جانب الزوج تعليق الطلاق بشرط القبول وقد قبلت، فصار كأنه صرح بتعليق الطلاق بقبولها العوض المذكور فقبلت، ولو كان كذلك

لوقع الطلاق إذا قبلت، كذا هذا. وأما عدم وجوب شيء له على المرأة فلأن الخلع طلاق، والطلاق قد يكون بعوض، وقد يكون بغير عوض، والميتة والدم ليست بمال في حق أحد فلا تصلح عوضاً، والخمر والخنزير لا قيمة لهما في حق المسلمين فلم يصلحا عوضاً في حقهم فلم تصح تسمية شيء من ذلك، فإذا خلعها عليه فقد رضي بالفرقة بغير عوض فلا يلزمها شيء، ولأن الخلع من جانب الزوج إسقاط الملك، وإسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض كالإعتاق، فإذا ذكر ما لا يصلح عوضاً أصلاً أو ما لا يصلح عوضاً في حق المسلمين فقد رضي بالإسقاط بغير عوض فلا يستحق عليها شيئاً، ولأن منافع البضع عند الخروج عن ملك الزوج غير متقومة، لأن المنافع في الأصل ليست بأموال متقومة إلا أنها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال المتقوم، فعند المقابلة بما ليس بمال متقوم يبقى على الأصل، ولأنها إنما أخذت حكم التقوم في باب النكاح عند الدخول في ملك الزوج احتراماً لها تعظيماً للآدمي لكونها سبباً لحصوله فجعلت متقومة شرعاً صيانة لها عن الابتذال.

والحاجة إلى الصيانة عند الدخول في الملك لا عند الخروج عن الملك لأن بالخروج يزول الابتذال فلا حاجة إلى التقوم فبقيت على الأصل، وجعل الفرق بما ذكرنا بين الخلع على هذه الأشياء وبين النكاح عليها، لأن هناك يجب مهر المثل، لأن النكاح لم يشرع إلا بعوض لما ذكرنا في مسائل النكاح، والمذكور لا يصلح عوضاً فالتحق ذلك بالعدم ووجب العوض الأصلي وهو مهر المثل، فأما الخلع فالعوض فيه غير لازم بل هو مشروع بعوض وبغير عوض فلم يكن من ضرورة صحته لزوم العوض.

وكذا النكاح تمليك البضع بعوض، والخلع إسقاط الملك بعوض وبغير عوض، وكذا منافع البضع عند الدخول أعطي لها حكم التقوم شرعاً لكونها وسيلة إلى حصول الآدمي المكرم، والخلع إبطال معنى التوسل فلا يظهر معنى التقوم فيه.

ولو خلعها على شيء أشارت إليه مجهول، فقالت: على ما في بطون غنمي أو نِعَمي من ولد، أو على ما في ضروعها من لبن، أو على ما في بطن جاريتي من ولد أو على ما في نخلي أو شجري من ثمر، فإن كان هناك شيء فهو له عندنا.

وقال الشافعي: لا شيء له[1].

وجه قوله: أن الجنين في البطن واللبن في الضرع لا يصلح عوضاً في الخلع، لأنه غير مقدور التسليم، ولهذا لم يصلح عوضاً في النكاح، وكذا في الخلع.

والدليل عليه أنه لا يجوز بيعه، والأصل عنده أن كل ما لا يجوز بيعه لا يصلح عوضاً في الخلع.

ولنا: الفرق بين الخلع وبين النكاح وهو أن باب الخلع أوسع من باب النكاح ألا ترى لو خلعها على عبد له آبق صحت التسمية، ولو زوجها عليه لم تصح التسمية فتصح إضافته إلى ما هو مال متقوم موجود كما تصح إضافته إلى العبد الآبق بل أولى، لأن ذاك له خطر الوجود والعدم وهذا موجود، وبهذا تبين أن القدرة

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١٨٧).

على تسليم البدل ليست بشرط في الخلع فإنه جائز على العبد الآبق والقدرة على تسليمه غير ثابتة بخلاف البيع، فإن القدرة على تسليم المبيع شرط، وإن لم يكن هناك شيء ردت عليه ما استحقت بعقد النكاح، لأنها لما سمت مالاً متقوماً فقد غرته بتسمية المال المتقوم، فصارت ملتزمة تسليم مال متقوم ضامنة له ذلك، والزوج لم يـرضَ بزوال ملكه إلا بعوض هو مال متقوم، وقد تعذر عليه الوصول إليه لعدمه، ولا سبيل إلى الرجوع إلى القيمة المذكورة لجهالتها ولا إلى قيمة البضع لما أنه لا قيمة للبضع عند الخروج عن الملك لما ذكرنا فوجب الرجوع إلى ما قوم البضع على الزوج عند الدخول وهو ما استحقته المرأة من المسمى أو مهر المثل.

وكذلك إذا قالت: على ما في بيتي من متاع أنه إن كان هناك متاع فهو له وإن لم يكن يرجع عليها بالمهر، لأنها غرته بتسمية مال متقوم فيلزمها ضمان الغرور وهو رد المهر المستحق لما قلنا.

ولو قالت: على ما في بطن غنمي أو ضروعها، أو على ما في نخلي أو شجري ولم تزد على/ ذلك، [أ/ ٨٢/ج] فإن كان هناك شيء أخذه، لأن التسمية وقعت على مال متقوم موجود لكنه مجهول، لكن الجهالة ليست بمتفاحشة فلا تمنع استحقاق الشيء، ولو لم يكن هناك شيء فلا شيء له لانعدام تسمية مال متقوم، لأنها ذكرت ما في بطنها وقد يكون في بطنها مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر بذكره غارة لزوجها بل الزوج هو الذي غرّ نفسه والرجوعُ بحكمِ الغرور، ولا غرورَ منها فلا يرجع عليها بشيء.

وإن قالت: اختلعت منك على ما تلد غنمي، أو تحلب أو بثمر نخلي أو شجري، أو على ما أرثه العام أو أكسبه، أو ما أستغل من عقاري فقبل الزوج وقعت الفرقة وعليها أن ترد ما استحقت من المهر وإن ولدت الغنم وأثمر النخل والشجر أما وقوع الفرقة: فلما ذكرنا أن ذلك يقف على قبول ما يصلح عوضاً صحت تسميته عوضاً.

وأما وجوب رد المستحق فلأنه لا سبيل إلى استحقاق المسمى لكونه معدوماً وقت الخلع، ويجوز أن يوجد، ويجوز أن لا يوجد، واستحقاق المعدوم الذي له خطر الوجود والعدم في عقد المعاوضة لم يرد الشرع به، وورد بتحمل الجهالة إذا لم يختلف المعقود في قدر ما يتحمل لاختلافهما في احتمال السعة والضيق ولا سبيل إلى إهدار التسمية رأساً لأنها سمت مالاً متقوماً فلزم الرجوع إلى المهر المستحق بعقد النكاح.

ولو قالت: اخلعني على ما في يدي من دراهم أو دنانير أو فلوس، فإن كان في يدها شيء من ذلك فهو له قل أو كثر لأنها سمت مالاً متقوماً، والمسمى موجود فصحت التسمية، وإن كان المسمى مجهول القيمة وله ما في يدها من الجنس المذكور قل أو كثر، لأنه ذكر باسم الجمع فيتناول الثلاث فصاعداً، وإن لم يكن في يدها شيء أو كان أقل من ثلاثة فعليها من كل صنف سمته ثلاثة وزناً في الدراهم والدنانير وعدداً في الفلوس لوجود تسمية المال المتقوم، لأن الدراهم والدنانير والفلوس أموال متقومة، والمذكور بلفظ الجمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فينصرف إليها ويتعين المسمى كما في الوصية بالدراهم بخلاف النكاح والعتق فإنه إذا تزوج امرأة على ما في يده من الدراهم. وليس في يده من الدراهم شيء يجب عليه مهر المثل.

ولو أعتق عبده على ما في يده من الدراهم وليس في يده شيء يجب عليه قيمة نفسه لأن منافع البضع ليست بمتقومة عند الخروج عن الملك فلا يشترط كون المسمى معلوماً، واعتبر المسمى مع جهالته في نفسه، وحمل على المتيقن بخلاف النكاح لأن منافع البضع عند الدخول في الملك متقومة، وكذا العبد متقوم في نفسه فلا ضرورة إلى اعتبار المسمى المجهول.

ولو قالت: على ما في يدي ولم تزد عليه، فإن كان في يدها شيء فهو له، لأن التسمية وقعت على مال متقوم موجود فصحت واستحق عليها ما في يدها قل أو كثر، لأن كلمة ما عامة فيما لا يعلم، وإن لم يكن في يدها شيء فلا شيء لأنه إذا لم يكن في يدها شيء فلم توجد تسمية مال متقوم، لأنها سمت ما في يدها، وقد يكون في يدها شيء متقوم وقد لا يكون، فلم يوجد شرط وجوب شيء فلا يلزمها شيء.

ولو اختلعت الأمة من زوجها على جعل بغير أمر مولاها وقع الطلاق ولا شيء عليها من الجعل حتى تعتق.

أما وقوع الطلاق فلأنه يقف على قبول ما جعل عوضاً وقد وجد، وأما وجوب الجعل بعد العتق فلأنها سمت مالاً متقوماً موجوداً وهو معلوم أيضاً، وهي من أهل التسمية فصحت التسمية، إلا أنه تعذر الوجوب للحال لحق المولى فيتأخر إلى ما بعد العتق؛ وإن كان بإذن المولى لزمها الجعل وتباع فيه لأنه دين ظهر في حق المولى فتباع فيه كسائر الديون.

وكذلك المكاتبة إذا اختلعت من زوجها على جعل يجوز الخلع ويقع الطلاق ويتأخر الجعل إلى ما بعد العتاق، وإن أذن المولى، لأن رقبتها لا تحتمل البيع فلا تحتمل تعلق الدين بها.

ولو خلع امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع، وعليها أن ترضعه سنتين، فإن مات ابنها قبل أن ترضعه شيئاً يرجع عليها بقيمة الرضاع للمدة، وإن مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقي لأن الرضاع مما يصح الاستئجار عليه، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] فيصح أن يجعل جعلاً في الخلع؛ وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض اختلعت عليه فهلك في يدها قبل التسليم فيرجع إلى قيمته.

ولو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجلاً أربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل، وإن هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شيء عليها لأن النفقة ليس لها/ [ب/٨٢/ج] مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شيء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا.

ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث لأنها متبرعة في قبول البدل فيعتبر من الثلث، فإن ماتت في العدة فلها الأقل من ذلك ومن ميراثه منها، ولو خالعها على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي فعليها المهر الذي استحقته بعد النكاح لأن الخلع على الحكم خلع بتسمية فاسدة لتفاحش الجهالة والخطر أيضاً فلم تصح التسمية فلا تستحق المسمى فيرجع عليها بالمهر، لأن الخلع على الحكم خلع على ما يقع به الحكم، ولا

(١) سورة الطلاق، الآية: (٦).

يقع إلا بمال متقوم عادة فكان الخلع على الحكم خلعاً على مال متقوم فقد غرته بتسمية مال متقوم، إلا أنه لا سبيل إلى استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولاً جهالة متفاحشة كجهالة الجنس فترجع إلى ما استحقته من المهر، ثم ينظر إن كان الحكم إلى الزوج، فإن حكم بمقدار المهر تجبر المرأة على تسليم ذلك، لأنه حكم بالقدر المستحق، وكذلك إن حكم بأقل من مقدار المهر لأنه حط بعضه فهو تملك حط بعضه لأنه تملك حط الكل فالبعض أولى.

وإن حكم بأكثر من المهر لم تلزمها الزيادة لأنه حكم لنفسه بأكثر من القدر المستحق فلا يصح إلا برضاها، وإن كان الحكم إليها فإن حكمت بقدر المهر جاز ذلك لأنها حكمت بالقدر المستحق.

وكذلك إن حكمت بأكثر من قدر المهر لأنها حكمت لنفسها بالزيادة وهي تملك بذل الزيادة.

وإن حكمت بأقل من المهر لم يجز إلا برضا الزوج لأنها حطت بعض ما عليها وهي لا تملك حط ما عليها.

وإن كان الحكم إلى الأجنبي فإن حكم بقدر المهر جاز، وإن حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة، والنقصان إلا برضا الزوج لأن في الزيادة إبطال حق المرأة وفي النقصان إبطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق. ولو اختلفا في جنس ما وقع عليه الطلاق أو نوعه أو قدره فالقول قول المرأة وعلى الزوج البينة، لأن قبول البدل إلى المرأة والزوج يدعي عليها شيئاً وهي تنكر فكان القون قولها.

ولو قال لها: طلقتك أمس على ألف درهم أو بألف درهم فلم تقبلي، فقالت: لا بل كنت قبلت، فالقول قول الزوج، فرق بين هذا وبين ما إذا قال لإنسان: بعتك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل، فقال: لا بل قبلت إن القول قول المشتري. ووجه الفرق: أن الزوج في مسألة الطلاق لم يصر مناقضاً في قوله فلم تقبلي، لأن قول الرجل لامرأته طلقتك أمس على ألف يسمي طلاقاً على ألف قبلته المرأة أو لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضاً بخلاف البيع، لأن الإيجاب بدون القبول لا يسمى بيعاً فكان الإقرار بالإيجاب إقراراً بالقبول فصار البائع مناقضاً في قوله فلم تقبل، ولأن المرأة في باب الطلاق تدعي وقوع الطلاق، لأنها تدعي وجود شرط الوقوع والزوج ينكر الوقوع لإنكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر والله الموفق.

وأما بيان قدر ما يحلُّ للزوج من أخذ العوض وما لا يحل، فجملة الكلام فيه أن النشوز لا يخلو إن كان من قبل الزوج، وإما إن كان من قبل المرأة فإن كان من قبل الزوج فلا يحل له أخذ شيء من العوض على الخلع لقوله تعالى: ﴿وإن أردْتُمُ استبدالَ زوجٍ مكانَ زَوْجٍ وآتيتُم إِحْدَاهُنَّ قنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شيئاً﴾[1] نهى عن أخذ شيء مما أتاها من المهر، وأكد النهي بقوله: ﴿أَتأخذُونَه بهتاناً وإثماً مُبيناً﴾[2].

وقوله: ﴿ولا تعضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا ببعضِ مَا آتيتموهُنَّ﴾[3] أي لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما

(١) سورة النساء، الآية: (٢٠).
(٢) سورة النساء، الآية: (٢٠).
(٣) سورة النساء، الآية: (١٩).

آتيتموهن ﴿إلا أن يأتين بفاحشة مبيّنة﴾[١] أي إلا أن ينشزن نهى الأزواج عن أخذ شيء مما أعطوهن واستثنى حال نشوزهن، وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فيقتضي حرمة أخذ شيء مما أعطوهن عند عدم النشوز منهن، وهذا في حكم الديانة، فإن أخذ جاز ذلك في الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده، لأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من أهل الإسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضا فيجوز في الحكم والقضاء، وإن كان النشوز من قبلها فلا بأس بأن يأخذ منها شيئاً قدر المهر لقوله تعالى: ﴿إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ أي إلا أن ينشزن والاستثناء من النهي إباحة من حيث الظاهر، وقوله: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ قيل: أي لا جناح على الزوج في الأخذ وعلى المرأة في الإعطاء.

وأما الزيادة على قدر المهر ففيها روايتان ذكر في كتاب الطلاق أنها مكروهة وهكذا روي عن علي رضي الله عنه: أنه كره للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، وهو قول الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وطاوس[٢]، وذكر في «**الجامع الصغير**» أنها غير مكروهة، وهو قول عثمان البتي، وبه أخذ الشافعي[٣].

[أ/٨٣/ج] وجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى: ﴿فلا جُنَاحَ عليهما فِيمَا افتدت/ به﴾[٤] رفع الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان مهر المثل أو زيادة عليه فيجب العمل بإطلاق النص، ولأنها أعطت مال نفسها بطيبة من نفسها، وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شيءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلوه هنيئاً مريئاً﴾[٥] بخلاف ما إذا كان النشوز من قبله، لأن النشوز إذا كان من قبل الزوج كانت هي مجبورة في دفع المال، لأن الظاهر أنها مع رغبتها في الزوج لا تعطي إلا إذا كانت مضطرة من جهته بأسباب أو مغترة بأنواع التغرير والتزوير فكره الأخذ.

وجه رواية الأصل قوله تعالى: ﴿وَلاَ يَحلُّ لَكُم أَنْ تأخذُوا ممّا آتيتُموهُنَّ شيئاً إلاّ أَنْ يخافا أَنْ لاَ يُقيما حدودَ اللَّهِ﴾[٦] إلى قوله: ﴿ولاَ جُنَاحَ عليهما فيما افتدَتْ بِهِ﴾[٧] نهى عن أخذ شيء مما أعطاها من المهر واستثنى القدر الذي أعطاها من المهر عند خوفهما ترك إقامة حدود الله على ما نذكر، والنهي عن أخذ شيء من المهر نهي عن أخذ الزيادة على المهر من طريق الأولى كالنهي عن التأفيف أنه يكون نهياً عن الضرب الذي هو فوقه بالطريق الأولى.

وروي «أنّ رسولَ اللَّهِ ﷺ لما قال لامرأة ثابتِ بن قيس بنِ شماس أتردين عليهِ حَديقَته»[٨] فقالت: نعم

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٩).
(٢) طاوس: تقدمت ترجمته.
(٣) انظر «مختصر المزني» صفحة (١٨٨).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٥) سورة النساء، الآية: (٤).
(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٧) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).
(٨) أخرجه في «المسند» (٣/٤).
البخاري في «الصحيح» كتاب الطلاق باب الخلع (٥٢٧٣) وابن ماجه في «السنن» (٢٠٥٧) كتاب الطلاق باب المختلعة تأخذ=

وزيادة، قال: «أما الزيادةُ فَلا»، نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين أن المراد من قوله: «فِيمَا افْتَدَتْ»[1] قدر المهر لا الزيادة عليه، وإن كان ظاهره عاماً عرفنا ببيان النبي ﷺ الذي هو وحي غير متلو.

والدليل عليه أيضاً قوله تعالى في صدر الآية: ﴿وَلَا يحلُّ لَكُم أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتيتُموهُنَّ شيئاً﴾[2] ذكر في أول الآية ما آتاها فكان المذكور في آخرها وهو قوله: ﴿فيما افتَدَتْ بِهِ﴾ مردوداً إلى أولها فكان المراد من قوله: ﴿فيما افتدَتْ﴾ أي بما آتاها، ونحن به نقول أنه يحل له قدر ما آتاها.

وأما قوله: إنها أعطته مال نفسها بطيبة من نفسها فنعم لكن ذاك دليل الجواز وبه نقول: إن الزيادة جائزة في الحكم والقضاء، ولأن الخلع من جانبها معاوضة حالة عن الطلاق وإسقاط ما عليها من الملك ودفع المال عوضاً عما ليس بمال جائز في الحكم إذا كان ذلك مما يرغب فيه.

ألا ترى أنه جاز العتق على قليل المال وكثيره وأخذ المال بدلاً عن إسقاط الملك والرق، وكذلك الصلح عن دم العمد، وكذلك النكاح لما جاز على أكثر من مهر مثلها وهو بدل البضع فكذا جاز إن تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها لأنه بدل من سلامة البضع في الحالين جميعاً إلا أنه نهي عن الزيادة على قدر المهر لا لمعنى في نفس العقد بل لمعنى في غيره وهو شبهة الربا والإضرار بها ولا يوجد ذلك في قدر المهر فحل له أخذ قدر المهر والله أعلم.

فصل: وأما حكم الخلع فنقول وبالله التوفيق: يتعلق بالخلع أحكام بعضها يعم كل طلاق بائن، وبعضها: يخص الخلع، أما الذي يعم كل طلاق بائن فنذكره في بيان حكم الطلاق إن شاء الله تعالى.

وأما الذي يخص الخلع فالخلع لا يخلو: إما إن كان بغير بدل، وإما إن كان ببدل، فإن كان بغير بدل بأن قال: خالعتك ونوى الطلاق فحكمه أنه يقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر، وإن كان ببدل، فإن كان البدل هو المهر بأن خلعها على المهر فحكمه أن المهر إن كان غير مقبوض أنه يسقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية، وإن كان مقبوضاً فعليها أن ترده على الزوج، وإن كان البدل مالاً آخر سوى المهر فحكمه حكم سقوط كل حكم وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية ووجوب البدل، حتى لو خلعها على عبد أو على مائة درهم ولم يذكر شيئاً آخر فله ذلك، ثم إن كان لم يعطها المهر بريء ولم يكن لها عليه شيء سواء كان لم يدخل بها أو كان قد دخل بها، وإن كان قد أعطاها المهر لم يرجع عليها بشيء سواء كان بعد الدخول بها أو قبل الدخول بها، وكذلك إذا بارأها على عبد أو على مائة درهم فهو مثل الخلع في جميع ما وصفنا، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: في المبارأة مثل قول أبي حنيفة، وقال في الخلع: إنه لا يسقط به إلا ما سميا.

وقال محمد: لا يسقط في الخلع والمبارأة جميعاً إلا ما سميا حتى إنه لو طلقها على مائة درهم ومهرها

= ما أعطاها. وفي «الزوائد»: في إسناده حجاج بن أرطاة مدلس وقد عنعن (يعني في إسناد ابن ماجه).
النسائي في «السنن» كتاب الطلاق باب ما جاء في الخلع (٦/ ١٦٩).

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

ألف درهم، فإن كان المهر غير مقبوض فإنها لا ترجع عليه بشيء سواء كان الزوج لم يدخل بها أو كان قد دخل بها في قول أبي حنيفة وله عليها مائة درهم، وعندهما: إن كان قبل الدخول بها فلها أن/ ترجع عليه [ب/٨٣/ج] بنصف المهر، وذلك خمسمائة وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصاً فيرجع عليه بأربعمائة، وإن كان بعد الدخول فلها أن ترجع عليه بكل المهر إلا قدر المائة فترجع عليه بتسعمائة، وإن كان المهر مقبوضاً فله عليها المائة لا غير، وليس له أن يرجع عليها بشيء من المهر، سواء كان قبل الدخول بها أو بعده في قول أبي حنيفة، وعندهما: إن كان قبل الدخول يرجع إلى الزوج عليها بنصف المهر، وإن كان بعده لا يرجع عليها بشيء، وهكذا الجواب في المبارأة عند محمد.

والحاصل: أن ههنا ثلاث مسائل: الخلع، والمبارأة والطلاق على مال، ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح، ولا خلاف أيضاً في سائر الديون التي وجبت لا بسبب النكاح، وإنها لا تسقط بهذه التصرفات، وإنما الخلاف بينهم في الخلع والمبارأة واتفق جواب أبي حنيفة وأبي يوسف في المبارأة، واختلف جوابهما في الخلع، واتفق جواب أبي يوسف ومحمد في الخلع، واختلف في المبارأة، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المبارأة، ومع محمد في الخلع.

وجه قول محمد: أن الخلع طلاق بعوض فأشبه الطلاق على مال، والجامع بينهما أن حق الإنسان لا يسقط من غير إسقاطه ولم يوجد في الموضعين إلا إسقاط ما سميا فلا يسقط ما لم تجز به التسمية، ولهذا لم يسقط به سائر الديون التي لم تجب بسبب النكاح، وكذا لا تسقط نفقة العدة إلا بالتسمية، وإن كانت من أحكام النكاح كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف وهو الفرق بين الخلع والمبارأة: أن المبارأة صريح في إيجاب البراءة، لأنها إثبات البراءة نصاً فيقتضي ثبوت البراءة مطلقاً فيظهر في جميع الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح، فأما الخلع فليس نصاً في إيجاب البراءة لأنه ليس في لفظه ما ينبىء عن البراءة، وإنما تثبت البراءة مقتضاة، والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتاً من جميع الوجوه فثبتت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير.

ولأبي حنيفة أن الخلع في معنى المبارأة، لأن المبارأة مفاعلة من البراءة والإبراء إسقاط فكان إسقاطاً من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين في الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا بالمبارأة، والخلع مأخوذ من الخلع وهو النزع، والنزع إخراج الشيء من الشيء فمعنى قولنا خلعها: أي أخرجها من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام بالنكاح وذلك إنما يكون بسقوط الأحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف.

وأما قول محمد: إنه لم يوجد منها إسقاط غير المسمى فنقول: إن لم يوجد نصاً فقد وجد دلالة لما ذكرنا أن لفظ الخلع دليل عليه، ولأن قصدهما من الخلع قطع المنازعة وإزالة الخلف بينهما، والمنازعة والخلف إنما وقعا في حقوق النكاح، ولا تندفع المنازعة والخلف إلا بإسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون، لأنه لا تعلق لها بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها

ولا في سببها فلا ينصرف الإسقاط إليها بخلاف الطلاق على مال، لأنه لا يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصاً ولا دلالة.

وأما نفقة العدة: فلأنها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور إسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية لأنها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الخلع إسقاطاً بعد الوجوب فصح، ولو خلعها على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة، ولو أبرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الإبراء وتجب النفقة، لأن النفقة في النكاح تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان يوماً فيوماً فكان الإبراء عنها إبراء قبل الوجوب فلم يصح، فأما نفقة العدة فإنما تجب عند الخلع فكان الخلع على النفقة مانعاً من وجوبها، ولا يصح الخلع على السكنى والإبراء عنه، لأن السكنى تجب حقاً لله تعالى، قال الله تعالى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بيوتِهِنَّ ولا يَخْرُجْنَ إلا أنْ يأتينَ بِفَاحِشَةٍ مبينةٍ﴾[1] فلا يملك العبد إسقاطه والله تعالى أعلم.

فصل: وأما الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع لأن كل واحد طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر إلا أنهما يختلفان من وجه وهو أن العوض/ إذا أبطل في الخلع بأن وقع الخلع على ما ليس [١/٨٤ج] بمال متقوم يبقى الطلاق بائناً، وفي الطلاق على مال إذا أبطل العوض بأن سميا ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعياً، لأن الخلع كناية، والكنايات مبينات عندنا، فأما الطلاق على مال فصريح وإنما تثبت البينونة بتسمية العوض إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح الطلاق فيكون رجعياً.

ولو قال لها: أنت طالق بألف درهم فقبلت طلقت وعليها ألف؛ لأن حرف الباء حرف إلصاق فيقتضي إلصاق البدل بالمبدل وكذلك لو قال: أنت طالق على ألف درهم لأن على كلمة شرط.

يقال: زرتك على أن تزورني أي بشرط أن تزورني، وكذا قال لامرأته: أنت طالق على أن تدخلي الدار كان دخول الدار شرطاً كما لو قال: إن دخلت الدار وهي كلمة إلزام أيضاً فكان هذا إيقاع الطلاق بشرط أن تعطيه الألف عقيب وقوع الطلاق ويلزمها الألف فيقع الطلاق بقبولها وتجب عليها الألف.

ولو قال: أنت طالق وعليك ألف درهم طلقت المرأة الرجعية ولا شيء عليها من الألف سواء قبلت أو لم تقبل في قول أبـي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قبلت طلقت بائنة وعليها الألف.

وعلى هذا الخلاف إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ولك ألف درهم فطلقها أنه يقع طلقة رجعية ولا يلزمها البدل في قول أبـي حنيفة.

وعندهما: يقع الطلاق وعليها الألف، وعلى هذا الخلاف إذا قال لعبده: أنت حر وعليك ألف درهم أنه يعتق سواء قبل أو لم يقبل في قول أبـي حنيفة، وعندهما: إذا قبل يعتق وعليه الألف.

وجه قولهما: أن هذه الواو واو حال فيقتضي أن وجوب الألف حال وقوع الطلاق والعتاق، ولأن هذه

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).

اللفظة تستعمل في الأبدال، فإن من قال لآخر احمل هذا الشيء إلى مكان كذا ولك درهم فحمل يستحق الأجرة كما لو قال له احمل بدرهم.

ولأبي حنيفة: أن كل واحدة من الكلامين كلام تام بنفسه أعني قوله: أنت طالق وقوله: وعليك ألف درهم، لأن كل واحد منهما مبتدأ وخبر فلا يجعل الثاني متصلاً بالأول إلا لضرورة، والضرورة فيما كان الغالب فيه أن يكون بعوض كما في قوله: احمل هذا إلى بيتي ولك ألف ولا ضرورة في الطلاق والعتاق، لأن الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني متصلاً بالأول من غير ضرورة.

وأما قولهما: الواو واو حال فممنوع بل واو عطف في الإخبار معناه أخبرك أنك طالق، وأخبرك أن عليك ألف درهم.

ولو قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثاً على ألف درهم فطلقها ثلاثاً يقع عليها ثلاث تطليقات بألف وهذا مما لا إشكال فيه، ولو طلقها واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شيء في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع واحدة بائنة بثلث الألف، ولو قالت: طلقني ثلاثاً بألف درهم فطلقها ثلاثاً يقع ثلاثة بألف درهم لا شك فيه، ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث الألف في قولهم جميعاً.

وجه قولهما: أن كلمة على في المعاملات وحرف الباء سواء، يقال: بعت عنك بألف وبعت منك على ألف ويفهم من كل واحدة منهما كون الألف بدلاً وكذا قول الرجل لغيره احمل هذا الشيء إلى بيتي على درهم، وقوله: بدرهم سواء حتى يستحق البدل فيهما جميعاً.

والأصل أن أجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل إذا كان متعدداً في نفسه فتنقسم الألف على الثلاث فيقع واحدة بثلث الألف كما لو ذكرت بحرف الباء فكانت بائنة، لأنها طلاق بعوض.

ولأبي حنيفة: أن كلمة على كلمة شرط فكان وجود الطلقات الثلاث شرطاً لوجوب الألف فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط والحكم لا يثبت بوجود بعض الشرط فلما لم يطلقها ثلاثاً لا يستحق شيئاً من الألف بخلاف حرف الباء فإنه حرف مبادلة فيقتضي انقسام البدل على المبدل فتنقسم الألف على التطليقات الثلاث فكان بمقابلة كل واحدة ثلث الألف ولا يشكل هذا القدر بما إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً بألف فطلقت نفسها واحدة أنه لا يقع شيء، لأن الزوج لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف فلا يجوز وقوع البينونة ببعضها فإذا أمرته بالطلاق، فقالت: طلقني ثلاثاً بألف درهم فقد سألت الزوج أن يبينها بألف وقد أبانها بأقل من ذلك فقد زادها خيراً؛ والإشكال أنها سألته الإبانة الغليظة بألف ولم يأت بها بل أتى بالخفيفة، ولعل لها غرضاً في الغليظة، والجواب: أن غرضها في استيفاء مالها مع حصول البينونة التي وضع لها الطلاق أشد.

[ب/٨٤/ج] وأما/ قولهما: أن كلمة على تستعمل في الأبدال فنعم لكن مجازاً لا حقيقة ولا تترك الحقيقة إلا لضرورة وفي البيع ونحوه ضرورة ولا ضرورة في الطلاق على ما بينا على أن اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا واعتبار البدل يوجب فيقع الشك في الوجوب، فلا يجب مع الشك ـ ولو قالت امرأتان له: طلقنا بألف درهم أو على درهم فطلقهما يقع الطلاق ثلاثاً عليهما بالألف وهذا لا يشكل، ولو طلق إحداهما وقع الطلاق عليها بحصتها من الألف بالإجماع.

والفرق لأبـي حنيفة بين هذه المسألة وبين مسألة الخلاف: أنه لا غرض لكل واحدة من المرأتين في طلاق الأخرى فلم يعتبر معنى الشرط وللمرأة غرض في اجتماع تطليقاتها، لأن ذلك أقوى للتحريم لثبوت البينونة الغليظة بها فاعتبر معنى الشرط.

ولو قالت: طلقني واحدة بألف فقال: أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث مجاناً بغير شيء في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع ثلاث تطليقات كل واحدة منها بألف، وهذه فريعة أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن من أصل أبـي حنيفة أن الثلاث لا تصلح جواباً للواحدة، فإذا قال ثلاثاً فقد عدل عما سألته فصار مبتدئاً بالطلاق فتقع الثلاث بغير شيء، ومن أصلهما أن في الثلاث ما يصلح جواباً للواحدة، لأن الواحدة توجد في الثلاث فقد أتى بما سألته وزيادة فيلزمها الألف كأنه قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة، ولو قالت طلقني واحدة بألف فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف وقف على قبولها عند أبـي حنيفة إن قبلت جاز وإلا بطل، لأنه عدل عما سألته فصار مبتدئاً طلاقاً بعوض فيقف على قبولها، وعند أبـي يوسف ومحمد: يقع الثلاث واحدة منها بألف كما سألت واثنتان بغير شيء.

وحكى الجصاص عن الكرخي أنه قال رجع أبو يوسف في هذه المسألة إلى قول أبـي حنيفة، وذكر أبو يوسف في «الأمالي» أن الثلاث يقع واحدة منها بثلث الألف والاثنتان تقفان على قبول المرأة.

قال القدوري: وهذا صحيح على أصلهما لأنها جعلت في مقابلة الواحدة ألفاً، فإذا أوقعها بثلث الألف فقد زادها خيراً وابتدأ تطليقتين بثلثي الألف فوقف ذلك على قبولها والله أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس الركن، فمنها: أن لا يلحقه استثناء أصلاً ورأساً سواء كان وضعياً أو عرفياً عند عامة العلماء.

وعند مالك: الاستثناء العرفي لا يمنع وقوع الطلاق، وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى، والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع، في بيان أنواع الاستثناء، وفي بيان ماهية كل نوع، وفي بيان شرائط صحته.

أما الأول: فالاستثناء في الأصل نوعان: استثناء وضعي، واستثناء عرفي، أما الوضعي فهو: أن يكون بلفظ موضوع للاستثناء وهو كلمة إلا وما يجري مجراها نحو سوى وغير وأشباه ذلك.

وأما العرفي: فهو تعليق بمشيئة الله تعالى وأنه ليس باستثناء في الوضع لانعدام كلمة الاستثناء بل الموجود كلمة الشرط إلا أنهم تعارفوا إطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع، قال الله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَثْنُونَ﴾[1] أي لا يقولون: إن شاء الله تعالى وبينه وبين الأول مناسبة في معنى ظاهر لفظ الاستثناء وهو المنع والصرف دون الحقيقة فأطلق اسم الاستثناء عليه، وبعض مشايخنا قال: الاستثناء نوعان: استثناء تحصيل، واستثناء تعطيل فسمى الأول استثناء تحصيل، لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا، والثاني تعطيلاً لما أنه يتعطل الكلام به.

وأما الكلام في بيان ماهية كل نوع؛

(١) سورة القلم، الآيتان: (١٧، ١٨).

أما النوع الأول: فهو تكلم بالباقي بعد الثنيا، وهذه العبارة هي المختارة دون قولهم: استخراج بعض الجملة الملفوظة، لأن القدر المستثنى، إما أن يدخل بعد نص المستثنى منه، وإماأن لا يدخل فإن لم يدخل لا يتصور الإخراج، وإن دخل يتناقض الكلام، لأن نص المستثنى منه يثبت، ونص الاستثناء ينفي، ويستحيل أن يكون الحكم الواحد في زمان مثبتاً ومنفياً، ولهذا فهم من قوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾[١]، ما ذكرنا حتى يصير في التقدير كأنه قال: فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاماً لا معنى الإخراج لئلا يؤدي إلى الخلف في خبر الله تعالى.

وأما النوع الثاني: فهو تعليق بالشرط إلا أن الشرط إذا كان مما يتوقف عليه ويعلم وجوده ينزل المعلق عند وجوده وإن كان مما لا يعلم لا ينزل، وهذا النوع من التعليق من هذا القبيل لما نذكره إن شاء الله تعالى.

وأما شرط صحته: فلصحة الاستثناء شرائط بعضها يعم النوعين، وبعضها يخص أحدهما، أما الذي يعمهما جميعاً فهو أن يكون الاستثناء موصولاً بما قبله من الكلام عند عدم الضرورة حتى لو حصل الفصل بينهما بسكوت أو غير ذلك من غير ضرورة لا يصح، وهذا قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وعامة العلماء إلا شيئاً روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن هذا ليس بشرط ويصح متصلاً ومنفصلاً.

واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لأغزونَّ قُريشاً ثم قال: بعد سنة إن شاءَ اللَّهُ تَعَالى**»[٢] ولو لم يصح لما قال، ولأن الاستثناء في معنى التخصيص، لأن كل واحد منهما بيان، ثم التخصيص يصح مقارناً ومتراخياً، فكذا الاستثناء يجب أن يكون متصلاً ومنفصلاً.

ولنا: أن الأصل في كل كلام تام بنفسه، فإن كان مبتدأ وخبراً أن لا يقف حكمه على غيره، والوقف عند الوصل لضرورة وهي ضرورة استدراك الغلط والضرورة تندفع بالموصول فلا يقف عند عدم الوصل، ولهذا لم يقف على الشرط المنقطع فكذا على الاستثناء المنقطع، ولأنه عند عدم الوصول ليس باستثناء لغة، لأن العرب لم تتكلم به ومن تكلم به لا يعدونه استثناء بل يسخرون منه، وبهذا تبين أن الرواية عن ابن عباس رضي الله عنهما لا تكاد تصح، لأنه كان إماماً في اللغة كما كان إماماً في الشريعة.

وأما التخصيص المتراخي: فعند بعض مشايخنا ليس ببيان بل هو فسخ فلا يلزم.

وعند بعضهم: بيان لكن إلحاق البيان بالمجمل والعام الذي يمكن العمل بظاهره متراخياً مشهور عندهم، وأنه كثير النظير في كتاب الله عز وجل.

وأما الحديث ففيه أنه قال بعد تلك المقابلة: «**بسنةٍ إنْ شاء اللَّهُ تَعالى**»[٣]، وليس فيه أنه قصد به

---

(١) سورة العنكبوت، الآية: (٦٤).

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» في الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت برقم (٣٢٨٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ٣٧٨ ـ ٣٧٩).

وصححه ابن حبان برقم (٤٣٤٣) إلا أن رواية سماك عن عكرمة خاصة مضطربة وعبد الغفار بن عبد الله الزبيري ذكره المؤلف في «الثقات» (٨/ ٤٢١). وأورده ابن أبي حاتم (٦/ ٥٤) ولم يذكر فيه جرحاً ولا تعديلاً.

(٣) تقدم تخريجه.

يصحح الاستثناء فيحتمل أنه أراد به استدراك الاستثناء المأمور به في الكتاب العزيز، قال عز وجل: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾[1] أي إلا أن تقول: إن شاء الله فنسي ذلك فتذكره بعد مدة فأمر باستدراكه بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَاذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾[2] ويحتمل أنه عليه الصلاة والسلام أضمر في نفسه أمراً وأراد في قلبه وعزم عليه فأظهر الاستثناء بلسانه فقال: إن شاء الله ومثل هذا معتاد فيما بين الناس فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الفصل من غير ضرورة، فأما إذا كان لضرورة التنفس فلا يمنع الصحة ولا يعد ذلك فصلاً إلا أن يكون سكتة هكذا روى هشام عن أبي يوسف، لأن هذا النوع من الفصل مما لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر فصلاً ويعطى له حكم الوصل للضرورة.

وأما كون الاستثناء مسموعاً فهل هو شرط؟ ذكر الكرخي أنه ليس بشرط حتى لو حرك لسانه وأتى بحروف الاستثناء يصح، وإن لم يكن مسموعاً، وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه شرط ولا يصح الاستثناء بدونه.

وجه ما ذكره الكرخي: أن الكلام هو الحروف المنظومة وقد وجدت، فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً، فإن الأصم يصح استثناؤه، وإن كان لا يسمع، والصحيح ما ذكره الفقيه أبو جعفر: لأن الحروف المنظومة، وإن كانت كلاماً عند الكرخي، وعندنا هي دلالة على الكلام، وعبارة عنه لا نفس الكلام في الغائب والشاهد جميعاً فلم توجد الحروف المنظومة ههنا لأن الحروف لا تتحقق بدون الصوت فالحروف المنظومة لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص، فإذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف فلم يوجد الكلام عنده ولا دلالة الكلام عندنا فلم يكن استثناء والله الموفق.

وأما الذي يخص أحد النوعين وهو الاستثناء الوضعي فهو أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله لما ذكرنا أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، ولا يكون تكلماً بالباقي إلا أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله، ولأن الاستثناء يجري مجرى التخصيص، والتخصيص يرد على بعض أفراد العموم لا على الكل لأن ذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً، وكذا الاستثناء نسخ الحكم ونسخ الحكم يكون بعد ثبوته والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ فبطل الاستثناء.

ومن مشايخنا من قال: إن استثناء الكل من الكل إنما يصح، لأنه رجوع والطلاق مما لا يحتمل الرجوع عنه، وكذا العتاق، وكذا الإعتاق، وكذا الإقرار وهذا غير سديد، لأنه لو كان كذلك لصح فيما يحتمل الرجوع وهو الوصية، ومع هذا لا يصح حتى لو قال: أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي لم يصح الاستثناء وتصح الوصية فدل أن عدم الصحة ليس لمكان الرجوع بل لما قلنا: إنه ليس باستثناء، ويصح استثناء البعض من الكل سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه أو أكثر عند عامة العلماء وعامة أهل اللغة.

---

(١) سورة الكهف، الآية: (٢٣).
(٢) سورة الكهف، الآية: (٢٤).

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يصح استثناء الأكثر من الأقل، وهو قول الفراء[١]، وجه قولهما: أن الاستثناء من باب اللغة وأهل اللغة لم يتكلموا باستثناء الأكثر من الأقل، ولأن الاستثناء وضع في الأصل لاستدراك الغلط والغلط يجري في الأقل لا في الأكثر.

ولنا: أن أهل اللغة قالوا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا من غير فصل بين الأقل والأكثر إلا أنه قل استعمالهم الاستثناء في مثله لقلة حاجتهم إليه لقلة وقوع الغلط فيه وهذا لا يكون منهم إخراجاً للفظ من أن يكون استثناء حقيقة كمن أكل لحم الخنزير لا يمتنع أحد من أهل اللسان من إطلاق القول بأن أكل لحم الخنزير، وإن كان يقل استعمال هذه اللفظة لكن قلة استعمالها لقلة وجود الأكل لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة كذا هذا.

وعلى هذا تخرج مسائل هذا النوع إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة يقع ثنتان، لأن هذا استثناء صحيح لكونه تكلماً بالباقي بعد الثنيا، والباقي بعد استثناء الواحدة من الثلاث ثنتان إلا أن للثنتين اسمين أحدهما ثنتان والآخر ثلاث إلا واحدة. ولو قال: إلا اثنتين يقع واحدة لأن استثناء الأكثر من الأقل استثناء صحيح أيضاً لما ذكرنا.

ولو قال: إلا ثلاثاً وقع الثلاث، لأن الاستثناء لم يصح، لأنه استثناء الكل من الكل. ولو قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة وقع الثلاث وبطل الاستثناء في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: جاز استثناء الأولى والثانية وبطل استثناء الثالثة وتلزمه واحدة.

وجه قوله: أن استثناء الأولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح إلا أنه لو سكت عليه لجاز، فأما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل فلم يصح فالتحق بالعدم فيقع واحدة.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن أول الكلام في الاستثناء يقف على آخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، ولأنه لما قال: إلا واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف الجمع فصار كأنه قال: إلا ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثاً يقع الثلاث ويبطل الاستثناء في قولهم جميعاً، لأن الاستثناء إذا كان موصولاً يقف أول الكلام على آخره فكان الاستثناء راجعاً إلى الكل فبطل، ولأنه ذكر جملتين وجمع بين كل جملة بحرف الجمع فكان استثناء الجملة من الجملة فلا يصح، وإذا قال: أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين يقع ثنتان في قول أبي يوسف ومحمد، وقال زفر: يقع ثلاث كذا ذكر القدوري ولم يذكر قول أبي حنيفة.

وجه قول زفر: أن الأصل في الاستثناء أنه ينصرف إلى ما يليه، لأنه أقرب إليه وهو متصل به أيضاً ولا ينصرف إلى غيره إلا بدليل، ومتى انصرف إلى ما يليه كان استثناء الكل من الكل فلا يصح.

ولهما: أن الاستثناء يصحح ما أمكن، ولو جعلناه مما يليه لبطل، ولو صرف إلى الجملتين يصح، لأنه

(١) الفراء: تقدمت ترجمته.

يصير مستثنياً من كل ثنتين واحدة فبقي من كل جملة واحدة.

وروى هشام بن عبد الله الرازي[1]: عن محمد فيمن قال: أنت طالق اثنتين واثنتين إلا ثلاثاً أنه يقع ثلاث، لأنه لا يمكن تصحيح الاستثناء ههنا، لأن أول الكلام في كل واحدة من الجملتين وقف على آخره فصار كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، لأنه لا يمكن أن يجعل الاستثناء في الجملتين على السواء. لأنه يصير مستثنياً من كل جملة تطليقة ونصفاً، وهذا استثناء جميع الجملة، لأن استثناء واحدة ونصف استثناء ثنتين، لأن ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله فكان استثناء الكل من الكل ولا يمكن أن يجعل من إحدى الجملتين، لأنه يكون استثناء الكل من الكل وزيادة ولا يمكن أن يصرف اثنتان من الثلاث أو جملة واحدة إلى جملة أخرى، لأن هذا خلاف تصرفه وإنشاء تصرف آخر لم يوجد منه فتعذر تصحيح هذا الاستثناء من جميع الوجوه فبطل، والإشكال على القسم الأول أن ذكر البعض فيما لا يتبعض لا يكون ذكراً للكل في الاستثناء بل هو ملحق بالعدم بدليل أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ونصفاً يقع عليها ثنتان.

ولو كان ذكر بعض الطلاق ذكراً لكله في الاستثناء لوقع عليها واحدة، لأنه يصير كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وكان الفقه في ذلك أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فينظر إلى الباقي، والباقي ههنا تطليقة ونصف، ونصف تطليقة تطليقة كاملة فيقع ثنتان كأنه قال: أنت طالق اثنتين، وإذا لم يصر ذكر البعض ذكراً للكل في الاستثناء يصير مستثنياً من كل جملة تطليقة واحدة وتلغو واحدة من الاستثناء، وهذا أولى من إلغاء الكل فيجب أن يقع ثنتان كما في المسألة الأولى عندهما.

وفي هذه المسألة إشكال على ما روى هشام عن محمد، وروى هشام أيضاً عن محمد فيمن قال: أنت طالق اثنتين وأربعاً إلا خمساً أنها تطلق ثلاثاً لأنه لا يمكن تصحيح الاستثناء بالصرف إلى الجملتين على الشيوع ولا بالصرف إلى واحدة منهما، ولا يصرف البعض عيناً إلى جملة والبعض إلى جملة أخرى لما قلنا والإشكال على القسم الأول على ما بينا.

وقال بشر عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: أنت طالق واحدة واثنتين إلا اثنتين أنه ثلاث، وهو قول محمد.

والوجه فيه ما ذكرنا والإشكال على نحو ما بينا، هذا إذا كان لفظ الاستثناء من جنس المستثنى منه؛ فإن كان شيئاً خلاف جنسه يصح الاستثناء ولا تطلق، وإن أتى على جميع المسمى نحو أن يقول نسائي طوالق إلا هؤلاء وليس له نساء غيرهن فإنه يصح الاستثناء ولا تطلق واحدة منهن، لأن الاستثناء يعتبر فيه اللفظ والإشارة مع التسمية مختلفان لفظاً فصح الاستثناء، بخلاف قوله نسائي طوالق إلا نسائي، ولأن عند اختلاف اللفظين يكون معناه نسائي غير هؤلاء طوالق وهذا إضافة الطلاق إلى غير هؤلاء.

وقيل: هذا إذا كان الأربع ما دون هؤلاء، فإذا كُنّ أربعاً لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن، لأنه لا يتصور استثناء غيرهن فصار كما لو قال: نسائي طوالق ولا نساء له، وهناك لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهنّ فيصير التقدير كأنه قالَ نسائي إلا نسائي طوالق، ولو قال ذلك طلقن كذا هذا، وكذا هذا في العتاق إذا قال

(١) عبد الله الرازي من أصحاب محمد بن الحسن.

عبيدي كلهم أحرار إلا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا جميعاً.

ولو قال: عبيدي أحرار إلا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم. وكذلك هذا في الوصية إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان أو أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ألف درهم، ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي إلا ثلث مالي لم يصح الاستثناء وكان للمُوصَىٰ له ثلث ماله، ولو قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً يقع واحدة، والأصل أنه إذا تكلم بالطلاق بأكثر من الثلاث ثم استثنى منه فالاستثناء يرجع إلى جملة الكلام لا إلى القدر الذي يصح وقوعه وهو الثلاث خاصة فيتبع اللفظ لا الحكم فلا يثبت الحكم في القدر المستثنى ويثبت فيما بقي قدر ما يصح ثبوته، لأنه تكلم بالباقي بعد الثنيا، فإذا قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً يقع واحدة.

ولو قال: إلا ثمانياً يقع اثنتان، وإذا قال: إلا سبعاً يقع ثلاث لما ذكرنا أن الاستثناء يتبع اللفظ لا الحكم فصح الاستثناء، ودخل على الجملة الملفوظة وعمل فيها فتبين أن القدر المستثنى لم يدخل في الجملة فلا يقع قدر ما دخل عليه الاستثناء ويقع الباقي وهو الثلاث لأنه مما يصح وقوعه، وكذلك إذا قال إلا ستاً أو خمساً أو أربعاً أو ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة يقع ثلاث، لأن الثلاث هي التي يصح وقوعها مما بقي إذ لا يزيد الطلاق على الثلاث.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة تقع واحدة والأصل في مسائل الاستثناء من الاستثناء أن لتخريجها طريقين:

أحدهما: أنه ينظر إلى الاستثناء الأخير فيجعل استثناء مما يليه ثم ينظر إلى ما بقي منه فيجعل ذلك استثناء مما يليه هكذا إلى الاستثناء الأول ثم ينظر إلى الباقي من الاستثناء الأول فيستثنى ذلك القدر من الجملة الملفوظة فما بقي منها فهو الواقع، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة يستثنى الواحدة من الثلاثة يبقى اثنتان يستثنيهما من الثلاثة فتبقى واحدة كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين يقع اثنتان لأنك تستثني الاثنتين من الثلاثة فتبقى واحدة تستثنيها من الثلاثة فيبقى اثنتان.

فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة يقع واحدة لأنك تستثني الواحدة من اثنتين فيبقى واحدة تستثنيها من الثلاث فيبقى اثنتان تستثنيهما من الثلاث فيبقى واحدة هي الواقع، وكذلك إذا قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً إلا ثمانياً إنك تستثني ثمانياً من تسع فبقى واحدة تستثنيها من العشر فيبقى تسع كأنه قال: أنت طالق تسعاً فيقع ثلاث.

فإن قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً إلا واحدة يقع ثنتان لأنك إذا استثنيت الواحدة من التسع يبقى ثمانية تستثنيها من العشر فيبقى اثنتان كأنه قال: أنت طالق عشراً إلا ثمانياً، وعلى هذا جميع هذا الوجه وقياسه، والثاني: يرجع إلى عقد اليد وهو أن تعقد العدد الأول بيمينك، والثاني بيسارك، والثالث تضمه إلى

ما في يمينك، والرابع بيسارك تضمه إلى ما بيسارك، ثم تطرح ما اجتمع في يسارك من جملة ما اجتمع في يمينك فما بقي في يمينك فهو الواقع والله أعلم.

وأما مسائل النوع الثاني من الاستثناء وهو تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل فنقول: إذا علق طلاق امرأته بمشيئة الله يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق سواء قدم الطلاق على الاستثناء في الذكر بأن قال: أنت طالق إن شاء الله أو أخره عنه بأن قال: إن شاء الله تعالى فأنت طالق، وهذا قول عامة للعلماء.

وقال مالك: لا يصح الاستثناء والطلاق واقع، وعلى هذا تعليق العتق والنذر واليمين بمشيئة الله سبحانه وتعالى.

وجه قوله: أن هذا ليس تعليقاً بشرط، لأن الشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود ومشيئة الله تعالى أزلية لا تحتمل العدم فكان هذا تعليقاً بأمر كائن فيكون تحقيقاً لا تعليقاً كما لو قال: أنت طالق إن كانت السماء فوقنا.

ولنا: قوله عز وجل خبراً عن موسى عليه وعلى نبينا أفضلُ الصلاةِ والسلام ﴿سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا﴾[1] وصح استثناؤه حتى لم يصر بترك الصبر مخلفاً في الوعد ولولا صحة الاستثناء لصار مخلفاً في الوعد بالصبر والخلف في الوعد لا يجوز، والنبي معصوم، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلا تَقُولَنَّ لشيء إني فَاعِلٌ ذَلِكَ غَداً إلا أَنْ يَشاءَ اللَّهُ﴾[2] أي إلا أن تقول: إن شاء الله، ولو لم يحصل به صيانة الخبر عن الخلف في الوعد لم يكن للأمر به معنى.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «منْ حَلَفَ بطلاقٍ أَوْ عِتَاقٍ وقال: إنْ شَاءَ اللَّهُ فلا حنثَ عَليه»[3] وهذا نص في الباب، وروي أنه ﷺ قال: «مَنْ استثنى فَله ثنياه»[4] ولأن تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى تعليق بما لا يعلم وجوده لأنا لا ندري أنه شاء وقوع هذا الطلاق أو لم يشأ على معنى أن وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى أو لم يدخل فإن دخل وقع وإن لم يدخل لا يقع، لأن ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن فلا يقع بالشك، وبه تبين أن هذا ليس تعليقاً بأمر كائن، ولأن دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى غير معلوم وهذا هو تفسير تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل. ومن الناس من فرق بين الطلاق والعتاق فقال: لا يقع الطلاق ويقع العتاق، وزعم بأنه لم توجد المشيئة في الطلاق ووجدت في العتاق، لأن الطلاق مكروه

---

(١) سورة الكهف، الآية: (٦٩).

(٢) سورة الكهف، الآية: (٢٣).

(٣) قال الزيلعي: قلت: غريب بهذا اللفظ وقد روى أصحاب السنن عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله، فلا حنث عليه».
أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ١٠) والدارمي في «السنن» كتاب النذور والأيمان باب في الاستثناء (٢/ ٥٧٥) والترمذي في «الجامع» كتاب النذور باب ما جاء في الاستثناء رقم (١٥٣١) وأبو داود في «السنن» كتاب الايمان باب الاستثناء في اليمين رقم (٣٢٦١) والنسائي في «السنن» كتاب الأيمان باب الاستثناء (٧/ ٢٥).

(٤) أخرجه الدارقطني في «سننه» كتاب الطلاق (٤/ ٣٤).
بلفظ: «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق فمن طلق واستثنى فله ثنياه». وبلفظ أطول من ذلك أيضاً.

الشرع والعتق مندوب إليه، وهذا هو مذهب المعتزلة[١] أن إرادة الله تعالى تتعلق بالقرب والطاعات لا بالمكان والمعاصي وأن الله تعالى أراد كل خير وصلاح من العبد، ثم العبد قد لا يفعله لسوء اختياره، وبطلان مذهبهم يعرف في مسائل الكلام، ثم إنهم ناقضوا حيث قالوا: فيمن حلف فقال: لأصومن غداً إن شاء الله تعالى أو قال: لأصلين ركعتين، أو لأقضين دين فلان فمضى الغد ولم يفعل شيئاً من ذلك أنه لا يحنث ولو شاء الله تعالى كل خير لحنث لأن هذه الأفعال خيرات وقد شاءها عندهم.

وكذلك لو قال: أنت طالق لو شاء الله تعالى، أو قال: إن لو يشاء الله تعالى لما قلنا، وكذا لو قال: إلا أن يشاء الله، لأن معناه إلا أن يشاء الله أن لا يقع وذلك غير معلوم، وكذا لو قال: ما شاء الله تعالى. لأن معناه الذي شاءه الله تعالى ولو قال: أنت طالق إن لم يشأ الله تعالى يكون المستثنى كقوله: إن شاء الله تعالى لأن هذا في الحقيقة تعليق بعدم دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى وذلك غير معلوم.

ولو قال: أنت طالق وإن شاء الله، أو قال: فإن شاء الله تعالى لم يكن استثناء عند أبي يوسف، لأنه حال بين الطلاق وبين الاستثناء حرف هو حشو فيصير فاصلاً بمنزلة السكتة فيمنع التعليق بالشرط فيقع في الحال.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله تعالى لا يصح الاستثناء ويقع الثلاث في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: الاستثناء جائز، وعلى هذا الخلاف إذا قال: أنت طالق ثلاثاً وواحدة إن شاء الله تعالى.

وجه قولهما: أن في الاستثناء الموصول يقف أول الكلام على آخره فكان قوله ثلاثاً وثلاثاً كلاماً واحداً فيعمل فيه الاستثناء، كما لو قال: أنت طالق ستاً إن شاء الله تعالى، ولأنه جمع بين الجملتين بحرف الجمع وهو حرف الواو فصار كما لو ذكرهما بلفظ واحد فقال: أنت طالق ستاً إن شاء الله تعالى.

ولأبي حنيفة: أن العدد الثاني وقع لغواً، لأنه لا يتعلق به حكم إذ لا مزيد للطلاق على الثلاث فصار فاصلاً فمنع صحة الاستثناء كما لو سكت بخلاف ما لو قال: أنت طالق ستاً، لأنه ذكر الكل جملة واحدة فلا يمكن فصل البعض عن البعض ولو قال: أنت طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله تعالى جاز الاستثناء في قولهم جميعاً، لأن الكلام الثاني ههنا ليس بلغو لأنه جملة يتعلق بها حكم فلم يصر فاصلاً بخلاف الفصل الأول، ولو جمع بين جملتين بحرف الواو، ثم قال في آخرهما إن شاء الله تعالى بأن قال امرأته طالق وعبده حر إن شاء الله تعالى انصرف الاستثناء إلى الجملتين جميعاً حتى لا يقع الطلاق والعتاق بالاتفاق، وكذا إذا ذكر الشرط في آخر الجملتين بأن قال إن دخلت الدار أو إن كلمت فلاناً.

ولو قال لزيد علي ألف درهم ولعمرو علي ألف درهم إلا خمسمائة انصرف الاستثناء إلى الجملة الأخيرة عند عامة العلماء، وقال بعضهم: ينصرف إلى جميع ما تقدم من الجمل، وبه أخذ الشافعي[٢]،

---

(١) المعتزلة: هم أتباع واصل بن عطاء خالفوا أهل السنة في كثير من مسائلهم من أهمها أنهم قالوا بالمنزلة بين المنزلتين.

(٢) انظر «التمهيد» للأسنوي صفحة (٣٩٨).

وعلى هذا الأصل بنوا مسألة المحدود في القذف إذا تاب وشهد، لأن قوله: ﴿إلا الَّذينَ تَابُوا﴾[1] منصرف إلى ما يليه عندنا، وعندهم إلى جميع ما تقدم.

وجه قول هؤلاء: أن واو العطف إذا دخل بين الكلامين يجعلهما كلاماً واحداً كما في قول القائل: جاءني زيد وعمرو معناه جاآني، وكما إذا قال: امرأته طالق وعبده حر إن شاء الله تعالى، أو قال: إن دخلت الدار أنه يتعلق الأمران جميعاً بالشرط، وإن كان كل واحد منهما جملة تامة لكن لما دخل بينهما واو العطف جعل كلاماً واحداً وتعلقاً جميعاً بالشرط كذا هذا، ولهذا إذا كان المعطوف ناقصاً شارك الأول في حكمه وجعل الكل كلاماً واحداً بأن قال لامرأته: أنت طالق وفلانة حتى يقع الطلاق عليهما كذا هذا.

ولنا: أن الأصل في الاستثناء أن ينصرف إلى ما يليه، لأنه أقرب إليه ومتصل به، ولأنه ليس بكلام مفيد بنفسه مستقل بذاته فلا بد من ربطه بغيره ليصير مفيداً وهذه الضرورة تندفع بالصرف إلى ما يليه فانصرف إلى غيره من الجمل المتقدمة بدخول حرف العطف بين الجملتين فيجعلهما كلاماً واحداً وجملة واحدة، وإنما يجعل كلاماً واحداً والجملتان جملة واحدة بواو العطف إذا كانت إحدى الجملتين ناقصة بحيث لو فصلت عن الجملة الأخرى لا تكون مفيدة فأما إذا كانت كاملة بحيث لو فصلت عن الأخرى كانت مفيدة فلا يجعلان كلاماً واحداً، لأن الجعل للعطف الموجب للشركة، والشركة ثابتة بدون حرف الواو فكان الوصل والإشراك بحرف الواو وعدمه سواء، ولأن جعل الكلامين كلاماً واحداً خلاف الحقيقة فلا يصار إليه إلا لضرورة وهي أن تكون إحدى الجملتين ناقصة إما صورة أو معنى كما في قول القائل: جاءني زيد وعمرو، فإن الجملة الثانية ناقصة، لأنها مبتدأ لا خبر له فجعلت كاملة بالإشراك بحرف الواو كما في قول الرجل لامرأتيه زينب طالق وعمرة لما قلنا أو تكون ناقصة معنى في حق حصول غرض المتكلم كما في قوله امرأته طالق وعبده حر إن شاء الله تعالى أو إن دخلت الدار، فإن هناك إحدى الجملتين ناقصة في حق حصول غرض الحالف، لأن غرضه أن يجعلهما جميعاً جزاء واحداً للشرط.

وإن كان كل واحد في نفسه يصلح جزاءً تاماً. وهذا الغرض لا يحصل إلا بالإشراك والوصل فيكون أحدهما بعض الجزاء فكانت جملة ناقصة في المعنى وهو تحصيل غرضه فيجعل كأنه ناقص في أصل الإفادة، ومثل هذه الضرورة لم توجد ههنا فبقيت كل جملة منفردة بحكمها.

وإن كانت معطوفة بحرف الواو كما لو قال: جاءني زيد وذهب عمرو، فإن هذا عطف جملة على جملة بحرف الواو ولم تثبت الشركة بينهما في الخبر لما قلنا. كذا هذا.

ولو أدخل الاستثناء على جملتين كل واحدة منهما يمين بأن قال: امرأتي طالق إن دخلت الدار وعبدي حر إن كلمت فلاناً إن شاء الله تعالى انصرف الاستثناء إلى ما يليه في قول أبي يوسف فتطلق امرأته ولا يعتق عبده، وقال محمد: ينصرف إلى الجملتين جميعاً ولا يقع الطلاق ولا العتاق.

وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا: أن الكلام معطوف بعضه على بعض بحرف العطف، لأنه عطف إحدى الجملتين على الأخرى بحرف الواو فيجعلهما كلاماً واحداً كما في التنجيز بأن يقول: امرأته طالق

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٦٠).

وعبده حر إن شاء الله تعالى، وأي فرق بين التنجيز والتعليق؟! وحجة أبي يوسف على نحو ما ذكرنا أن الأصل في الاستثناء أن ينصرف لما يليه لما بينا وانصرافه إلى غيره لتتم الجملة الناقصة صورة ومعنى أو معنى على ما ذكرنا.

وههنا كل واحدة من الجملتين تامة صورة ومعنى، أما الصورة فظاهر، وأما المعنى فلأنه لما علق كل جزاء بشرط على حدة علم أن غرضه ليس جعلهما جميعاً جزاء واحداً، فكان كل واحد منهما جملة واحدة، فكان كل واحد منهما من الطلاق والعتاق جزاءً تاماً صورة ومعنى.

ولو قدم الاستثناء فقال: إن شاء الله تعالى فأنت طالق فهو استثناء صحيح، لأنه وصل الطلاق بالاستثناء بحرف الوصل وهو الفاء فيصح التعليق بمشيئة الله تعالى كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وكذا لو قال: إن شاء الله تعالى وأنت طالق، لأن الواو للجمع فتصير الجملة كلاماً واحداً.

ولو قال: إن شاء الله تعالى أنت طالق جاز الاستثناء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يقع الطلاق.

وقال محمد: هو استثناء منقطع والطلاق واقع في القضاء ويُدَيَّن فيما بينه وبين الله عز وجل أنه أراد به الاستثناء.

وجه قول محمد: أن الجزاء إذا كان متأخراً عن الشرط لا بد من ذكر حرف الاتصال وهو حرف الفاء ليتصل الجزاء بالشرط وإذا لم يوجد لم يتصل فكان قوله إن شاء الله تعالى استثناء منقطعاً فلم يصح ويقع الطلاق كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه لا يتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء فيبقى تنجيزاً فيقع الطلاق كذا هذا.

ولهما: أن الفاء يضمر في كلامه تصحيحاً للاستثناء والإضمار في مثل هذا الكلام جائز قال الشاعر[1]:

مـن يفعـلِ الحسنـاتِ اللّـهُ يشكـرُهـا والشـرُّ بـالشـرِّ عِنْـدَ اللّـهِ مثـلانِ

أي فالله يشكرها أو يجعل الكلام على التقديم والتأخير تصحيحاً للاستثناء كأنه قال أنت طالق إن شاء الله تعالى والتقديم والتأخير في الكلام جائز أيضاً في اللغة وهذان الوجهان يصحان لتصحيح الاستثناء فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لأن كل واحد منهما خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي.

ألا ترى أنه إذا قال: إن دخلت الدار أنت طالق لا يتعلق وإن أمكن تصحيح التعليق بأحد هذين الطريقين لكن لما كان خلاف الظاهر لم يتعلق ولا يصدق أنه أراد به التعليق في القضاء وإنما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير كذا هذا.

ووجه الفرق بين المسألتين: أن الحاجة إلى ذكر حرف الفاء في التعليق بسائر الشروط إذا كان الجزاء متأخراً عن الشرط في الملك ليتصل الجزاء بالشرط فيوجد عند وجود الشرط، لأنه شرط يمكن الوقوف عليه والعلم به على تقدير وجوده فلا بد من وصل الجزاء بالشرط بحرف الوصل بخلاف التعليق بمشيئة الله تعالى

(١) تقدم الكلام عنه.

ووقوع هذا الطلاق مما لا سبيل لنا إلى الوقوف عليه رأساً حتى تقع الحاجة إلى وصل الجزاء به ليوجد عند وجوده فكان تعطيلاً في علمنا فلا حاجة إلى ذكر حرف الوصل قبل هذا الشرط.

والدليل على التفرقة بين الشرطين: أنه إذا قال: إن شاء الله تعالى وأنت طالق يصح الاستثناء، ولو قال: إن دخلت الدار وأنت طالق لا يصح التعليق ويقع الطلاق للحال؛ ولو قال: عنيت به التعليق لا يصدق قضاء ولا ديانة لما ذكرنا كذا هذا. هذا كله إذا علق الطلاق بمشيئة الله، فأما إذا علق الطلاق بمشيئة غير الله، فإن علق بمشيئة من يوقف على مشيئته من العباد بأن قال: إن شاء زيد فالطلاق موقوف على مشيئته في المجلس الذي يعلم فيه بالتعليق، لأن هذا النوع من التعليق تمليك لما نذكر فيتقيد بالمجلس كسائر التمليكات.

وإن علقه بمشيئة من لا يوقف على مشيئته نحو أن يقول: إن شاء جبريل، أو الملائكة، أو الجن، أو الشياطين فهو بمنزلة التعليق بمشيئة الله تعالى، لأنه لا يوقف على مشيئة هؤلاء كما لا يوقف على مشيئة الله عز وجل فصار كأنه قال: إن شاء الله تعالى، ولو جمع بين مشيئة الله تعالى وبين مشيئة العباد فقال: إن شاء الله تعالى وشاء زيد فشاء زيد لم يقع الطلاق، لأنه علقه بشرطين لا يعلم وجود أحدهما والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما لو قال: إن شاء زيد وعمر فشاء أحدهما والله الموفق.

ومنها: أن لا يكون انتهاء الغاية فإن كان لا يقع وهذا قول أبـي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط ويقع وإن جعل انتهاء الغاية، وهل يشترط أن لا يكون ابتداء الغاية؟

قال أصحابنا الثلاثة: لا يشترط، وقال زفر: يشترط، والأصل في هذا أن عند زفر: الغايتان لا يدخلان، ثم ينظر إن بقي بينهما شيء وقع وإلا فلا، وعند أبـي يوسف ومحمد: الغايتان تدخلان.

وعند أبـي حنيفة الأولى تدخل لا الثانية، وبيان هذه الجملة: إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة إلى اثنتين أو ما بين واحدة إلى اثنتين فهي واحدة عند أبـي حنيفة، وعندهما: هي اثنتان، وعند زفر: لا يقع شيء، ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي اثنتان في قول أبـي حنيفة، وعندهما: هي ثلاث، وعند زفر: هي واحدة.

وجه قول زفر: أن كلمة من لابتداء الغاية، وكلمة إلى لانتهاء الغاية، يقال: سرت من البصرة إلى الكوفة أي البصرة كانت ابتداء غاية المسير والكوفة كانت انتهاء غاية المسير، والغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في البيع فإنه إذا قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط فالحائطان لا يدخلان في البيع فكان هذا منه إيقاع ما ضربت له الغاية لا الغاية فيقع ما ضربت له الغاية لا الغاية، وكذا إذا قال: بعتك ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط، لا يدخل الحائطان في البيع كذا ههنا، ولهذا لم تدخل إحدى الغايتين عند أبـي حنيفة كذا الأخرى.

ولهما: أن ما جعل غاية لا بد من وجوده إذ المعدوم لا يصلح غاية، ومن ضرورة وجوده وقوعه،

ولهذا دخلت الغاية الأولى فكذا الثانية بخلاف البيع فإن الغاية هناك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجودها بالبيع ليكون من ضرورة وجودها بالبيع دخولها فيه فلم تدخل، وأبو حنيفة بنى الأمر في ذلك على العرف والعادة، فإن الرجل يقول في العرف والعادة لفلان علي من مائة درهم إلى ألف ويريد به دخول الغاية الأولى لا الثانية، وكذا يقال: سن فلان مِنْ تسعين إلى مائة ويرادُ به دخول الغاية الأولى لا الثانية، وكذا إذ قيل: ما بين تسعين إلى مائة، وقيل: إن الأصمعي ألزم زفر هذا الفصل على باب الرشيد فقال: له كم سنك، فقال: من سبعين إلى ثمانين، وكان سنه أقل من ثمانين فتحير زفر، ولأن انتهاء الغاية قد تدخل تحت ما ضربت له الغاية وقد لا تدخل، قال الله تعالى ﴿ثُمَّ أتموا الصِّيَامَ إلى الليلِ﴾[1] والليل لم يدخل تحت الأمر بالصوم فيه فوقع الشك في دخول الغاية الثانية في كلامه فلا يدخل مع الشك، فإن نوى واحدة في قوله من واحدة إلى ثلاث كما قال زفر دين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى ما يحتمله كلامه ولا يدين في القضاء، لأنه خلاف الظاهر، وقياس ظاهر أصلهما في قوله أنت طالق من واحدة إلى اثنتين أنه يقع الثلاث، لأن الغايتين يدخلان عندهما. إلا أنه يحتمل أنه جعل تلك الواحدة داخلة في الثنتين، ويحتمل أنه جعلها غير الثنتين فلا تقع الزيادة على الثنتين بالشك.

وروي عن أبي يوسف أنه قال في رجل قال لامرأته أنت طالق اثنتين إلى اثنتين: إنه يقع ثنتان، لأنه يحتمل أن يكون جعل الابتداء هو الغاية كأنه قال: أنت طالق من اثنتين إليهما.

وكذا روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال: أنت طالق ما بين واحـدة وثلاث فهي واحدة، لأنه ما جعل الثلاث غاية وإنما أوقع ما بين العددين وهو واحدة فتقع واحدة.

وإن قال: أنت طالق ما بين واحدة إلى أخرى أو من واحدة إلى واحدة فهي واحدة، أما على أصل أبي حنيفة فلأن الغاية الأولى تدخل ولا تدخل الثانية فتقع واحدة، وأما على أصلهما فالغايتان وإن كانتا يدخلان جميعاً لكن يحتمل أن يكون المراد من قوله من واحدة إلى واحدة أي منها وإليها فلا يقع أكثر من واحدة، وأما على أصل زفر فالغايتان لا يدخلان ولم يبق بينهما شيء، والله عز وجل أعلم.

ومنها: أن لا يكون مضروباً فيه، فإن كان لا يقع ويقع المضروب، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: هذا ليس بشرط ويقع المضروب والمضروب فيه، وبيان ذلك فيمن قال لامرأته: أنت طالق واحدة في اثنتين، أو قال: واحدة في ثلاث أو اثنتين في اثنتين.

وجملة الجواب فيه: أنه إن نوى به الظرف والوعاء لا يقع إلا المضروب، لأن الطلاق لا يصلح ظرفاً وإن نوى مع يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه بلا خلاف، وإن نوى به الضرب والحساب ولم تكن له نية يقع المضروب لا المضروب فيه عند أصحابنا الثلاث.

وعند زفر: يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٨٧).

وجه قوله: أن الواحد في اثنين اثنان على طريق الضرب والحساب والواحد في الثلاث ثلاثة، والاثنان في الاثنين أربعة، وهذا يقتضي وقوع المضروب والمضروب فيه كما لو جمع بينهما بلفظ واحد فقال: أنت طالق اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً إلا أن العدد المجتمع له عبارتان: إحداهما الاثنان والثلاثة والأربعة والأخرى واحد في اثنين وواحد في ثلاثة واثنان في اثنين.

ولنا: وجوه ثلاثة:

أحدها: أن الضرب إنما يتقدر فيما له مساحة، فأما ما لا مساحة له فلا يتقدر فيه الضرب، لأن تقدير ضرب الاثنين في الاثنين خطان يضم إليهما خطان آخران، فمن هذا الوجه يقال: الاثنان في الاثنين أربعة، والطلاق لا يحتمل المساحة، فإذا نوى في عدد الطلاق الضرب فقد أراد محالاً فبطلت نيته.

والثاني: أن الشيء لا يتعدد بالضرب وإنما يتكرر أجزاؤه فواحد في اثنين واحد له جزآن واثنان في اثنين اثنان له أربعة أجزاء، وطلاق له جزء وطلاق له جزآن وثلاثة وأربعة وأكثر من ذلك سواء.

والثالث: أنه جعل المضروب فيه ظرفاً للمضروب والطلاق لا يصلح ظرفاً إذ ظرف الشيء هو المحتوى عليه، ولا يتصور احتواء الطلاق على شيء، لأن الاحتواء من خواص الأجسام فلا يصلح ظرفاً للمضروب فلا يقع، ولهذا لو قال لامرأته: أنت طالق في دخولك الدار، أو قال لها: أنت طالق في حيضتك لا يقع للحال، لأنه جعل الدخول والحيض ظرفاً وإنهما لا يصلحان ظرفاً لاستحالة تحقق معنى الظرف فيهما إلا أن ثمة يتعلق الطلاق بالدخول والحيض ويجعل في بمعنى مع لمناسبة لأن مع كلمة مقارنة والمظروف يقارن الظرف فصار كأنه قال: أنت طالق مع دخول الدار أو مع حيضك، وههنا لو أراد في مع في قوله في اثنين أو في ثلاث يقع الثلاث، وكذا لو أراد بكلمة في حرف الواو لأن الواو للجمع، والظرف يجامع المظروف من جميع الجهات فيجوز استعماله كله، والظرف على إرادة المقارنة أو الاجتماع من جهة واحدة، والله تعالى الموفق.

فصل: وأما الذي يرجع إلى الوقت فهو مضي مدة الإيلاء وهو شرط وقوع الطلاق بالإيلاء حتى لا يقع الطلاق قبل مضي المدة، لأن الإيلاء في حق أحد الحكمين وهو البر طلاق معلق بشرط ترك الفيء في مدة الإيلاء لقوله عز وجل: ﴿وإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1].

وروي عن ابن عباس وعدة من الصحابة رضي الله عنهم: «أن عزم الطلاق ترك الفيء إليها أربعةَ أشهر» فقد جعل ترك الفيء أربعة أشهر شرط وقوع الطلاق في الإيلاء.

والكلام في الإيلاء يقع في مواضع، في تفسير الإيلاء لغة وشرعاً وفي بيان ركن الإيلاء، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم الإيلاء، وفي بيان ما يبطل به الإيلاء.

أما تفسيره: فالإيلاء في اللغة عبارة عن اليمين يقال: آلى أي حلف، ولهذا سميت اليمين ألية وجمعها ألايا قال الشاعر:

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٧).

قليـــلُ الألايـــا حَـــافِـــظ ليمينـــهِ وإنْ صَـــدَرَتْ مِنْـــهُ الأليـــةُ بَـــرَّتِ[١]

وفي حرف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما للذين يقسمون من نسائهم، والقسم واليمين من الأسماء المترادفة، وقال الله تعالى ﴿وَلا يأتلِ أولُو الفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ﴾[٢] أي ولا يحلف.

وفي الشريعة: عبارة عن اليمين على ترك الجماعة بشرائط مخصوصة نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى.

وأما ركنه: فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجمع في الفرج مؤكداً باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء حتى لو امتنع من جماعها أو هجرها سنة أو أكثر من ذلك لم يكن مولياً ما لم يأت بلفظ يدل عليه لأن الإيلاء يمين لما ذكرنا، واليمين تصرف قولي فلا بد من القول، ولو أتى بلفظ يدل على نفي الجماع فيما دون الفرج لم يكن ذلك إيلاء في حق حكم البر، لأن حكم البر إنما يثبت لصيرورته ظالماً بترك الجماع في الفرج، لأن حقها فيه ولو ذكر لفظاً يدل على منع نفسه عن الجماع في الفرج بطريق يؤكد باليمين لم يكن إيلاء، لأن الظلم بالمنع والمنع لا يتأكد إلا باليمين.

وقال الشافعي في القديم[٣]: لا يكون مولياً إلا بالحلف بالله تعالى فظاهر الآية الكريمة يدفع هذا القول، لأن الله تعالى قال: ﴿الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[٤] فالإيلاء في اللغة عبارة عن اليمين واسم اليمين يقع على اليمين بالله تعالى ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة.

ولو حلف بغير الله عز وجل وبغير الشرط والجزاء لا يكون مولياً حتى لا تبين بمضي المدة من غير فيء ولا كفارة عليه إن قربها، /[أ/٨٥/ج] لأنه ليس بيمين لانعدام معنى اليمين وهو القوة.

وقال النبي ﷺ: «لا تَحْلِفُوا بَآبائِكُمْ وَلا بِالطَّواغِيتِ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفاً فَلْيحلفْ باللَّهِ أَوْ لِيذَرْ»[٥].

وروي «مَنْ حَلَفَ بغيرِ اللَّهِ فقدْ أشركَ»[٦] أما الألفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع: فأنواع بعضها صريح، وبعضها يجري مجرى الصريح، وبعضها كناية: أما الصريح: فلفظ المجامعة بأن يحلف أن لا يجامعها، وأما الذي يجري مجرى الصريح فلفظ القربان والوطء والمباضعة والافتضاض في البكر بأن

---

(١) ذكره في «الاختيار» بدون أن ينسبه لأحد.

(٢) سورة النور، الآية: (٢٢).

(٣) انظر تفصيل المسألة عند السادة الشافعية في «الأم» (٥/ ٢٧١) و «المهذب» (٢/ ١١٢) و «الوجيز» (٢/ ٧٦). و «المنهاج» صفحة (١٢٢) و «نهاية المحتاج» (٧/ ٨٠).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٦).

(٥) أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب الأيمان باب من حلف باللات.. رقم (١٦٤٨).

(٦) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٨٦ ـ ٨٧ و ١٢٥) وأبو داود في «سننه» في الأيمان، باب في كراهية الحلف برقم (٣٢٥١). والترمذي في «جامعه» في النذر، باب ما جاء في كراهية الحلف برقم (١٥٣٥). وصححه ابن حبان برقم (٤٣٥٨) والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٢٩٧). وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» وغيرهم عن ابن عمر رضي الله عنه مرفوعاً.

يحلف أن لا يقربها أو لا يطأها أو لا يباضعها أو لا يفتضها وهي بكر، لأن القربان المضاف إلى المرأة يراد به الجماع في العرف، قال الله تعالى: ﴿وَلا تَقْرَبُوهُنَّ حَتى يطهرنَ﴾[1] وكذا الوطء المضاف إليها غلب استعماله في الجماع.

قال النبي ﷺ في سبايا أوطاس: «ألا لا توطأُ الحَبالىٰ حَتَّى يَضَعْنَ وَلا الحَبالىٰ حَتَّى يُسْتبرأن بحيضةٍ»[2] والمباضعة: مفاعلة من البضع وهو الجماع أو الفرج، والافتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة مأخوذ من الفض وهو الكسر، وكذا إذا حلف لا يغتسل منها لأن الاغتسال منها، لا يكون إلا بالجماع، فأما الجماع في غير الفرج فالاغتسال لا يكون منها وإنما يكون من الإنزال، ألا يرى أنه ما لم ينزل لا يجب الغسل، وفي الجماع في الفرج لا يقف وجوب الاغتسال على وجود الإنزال.

ولو قال: لم أعن به الجماع لا يدين في القضاء لكونه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأن اللفظ يحتمله في الجملة.

وأما الكناية: فنحو لفظة الإتيان والإصابة بأن حلف لا يأتيها أو لا يصيب منها يريد الجماع، لأنهما من كنايات الجماع، لأنهما يستعملان في الجماع وفي غيره استعمالاً على السواء فلا بد من النية.

وكذا لفظة الغشيان بأن حلف لا يغشاها، لأن الغشيان يستعمل في الجماع، قال الله تعالى: ﴿فَلما تغشَّاهَا﴾[3] أي جامعها ويستعمل في المجيء وفي الستر والتغطية، قال الله تعالى: ﴿يومَ يَغْشَاهم العَذَابُ﴾[4] قيل: يأتيهم، وقيل: يسترهم ويغطيهم فلا بد من النية.

وكذا إذا حلف لا يمس جلده جلدها، وقال: لم أعن به الجماع يصدق، لأنه يحتمل الجماع، ويحتمل اللمس المطلق فيحنث لغير الجماع والإيلاء ما وقف الحنث فيه على الجماع ولأنه يمكنه جماعها بغير مماسة الجلد بأن يلف ذكره بحريرة فيجامعها وكذا إذا حلف لا يمسها لما قلنا، وكذا إذا حلف لا يضاجعها أو لا يقرب فراشها، وقال: لم أعن به الجماع فهو مصدق في القضاء، لأن هذا اللفظ يستعمل في الجماع، ويستعمل في غيره استعمالاً واحداً، ولأنه يمكنه جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش.

ولو حلف لا يجتمع رأسي ورأسك فإن عنى به الجماع فهو مُوْلٍ، لأنه يحتمل الجماع وإن لم يعن به الجماع لم يكن مولياً، ولا يجتمعان على فراش، ولا مرفقة لئلا يلزمه الكفارة، وله جماعها من غير اجتماع على الفراش، ولا شيء يجمع رأسها عليه.

ولو حلف لا يجمع رأسي ورأسك وسادة، أو لا يؤويني وإياك بيت أو لا أبيت معك في فراش فإنْ عنىٰ به الجماع فهو مُولٍ، لأنه يحتمل الجماع فتصح نيته وكيفما جامعها فهو حانث وإن لم يعن به الجماع

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٢).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) سورة الأعراف، الآية: (١٨٩).
(٤) تقدم الكلام عنه.

فليس بمولٍ ولا يأوي معها في بيت ولا يبيت معها في فراش ولا يجتمعان على وسادة لئلا تلزمه الكفارة ويطؤها على الأرض والبوادي.

ولو حلف لأسوءنك أو لأغيظنك لا يكون مولياً إلا إذا عنىٰ به ترك الجماع لأن المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره، وكذا الغيظ فلا بد من النية، وأما اليمين بالله تعالى وبصفاته فهي الحلف باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته بلفظ لا يستعمل في غير الصفة أو يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله في غير الصفة وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الأيمان، ثم الإيلاء إذا كان بالله تعالى فالمولي لا يخلو: إما إن أطلق الإيلاء، وإما إن علقه بشرط، وإما إن أضافه إلى وقت، وإما إن وقته إلى غاية، فإن أطلق بأن قال لامرأته والله لا أقربك كان مولياً للحال.

والأصل فيه أن من منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح أن يكون مانعاً وبما يحلف به عادة يصير مولياً، أو يقال من لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين فهو مُولٍ وقد وجد ههنا، لأن ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعاً تحرزاً عن الهتك وهو ما يحلف به عادة وعرفاً، وكذا لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه وهو الكفارة فيصير مولياً، وكذا إذا قال لامرأتين له: والله لا أقربكما، وههنا ثلاثة فصول:

[ب/٨٥/ج] أحدهما: أن يقول لامرأتيه: والله/ لا أقربكما، أو يقول لنسائه الأربع والله لا أقربكن وهما فصل واحد.

والثاني: أن يقول: والله لا أقرب إحداكما أو إحداكن.

والثالث: أن يقول والله لا أقرب واحدة منكما أو واحدة منكن.

أما الأول إذا قال لامرأتين لَهُ: واللَّهِ لا أقربكما صار مُولياً مِنْهُمَا للحالِ حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعاً ويبطل، وكذا إذا قال لنسائه الأربع: والله لا أقربكن صار مُولياً منهن للحال حتى لو لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر بنَ جميعاً، وهذا قول أصحابنا الثلاثة وهو استحسان.

والقياس: أن لا يصير مولياً في الأول ما لم يطأ واحدة منهما فيصير مُولياً من الأخرى، وفي الثاني ما لم يطأ واحدة فيصير مولياً من الأخرى، وفي الثالث ما لم يطأ الثالثة منهن فيصير مولياً من الرابعة وهو قول زفر.

وجه القياس: أن المولي من لا يمكنه قربان امرأته من غير حنث يلزمه، وههنا يمكنه في الصورة الأولى قربان إحداهما من غير حنث يلزمه، لأنه لا يحنث بوطء إحداهما إذ جعل شرط الحنث قربانهما من غير شيء يلزمه ولم يوجد، وفي الصورة الثانية يمكنه قربان الثلاث منهن من غير حنث يلزمه.

ألا ترى أنه لا يحنث بوطء الثلاث منهن فلم يوجد حد المولي فلا يكون مولياً، وإذا وطىء إحداهما أو وطىء الثلاث منهن فلا يمكنه وطء الباقية إلا بحنث يلزمه فوجد حد الإيلاء فيصير مولياً.

وجه الاستحسان: أن المولي من لا يمكنه وطء امرأته في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين،

وههنا لا يمكنه وطؤها في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين، لأنه لو وطىء إحداهما أو الثلاث منهن لزمه تعيين الأخرى للإيلاء وهذا شيء يلزمه بسبب اليمين وقد وجد حد الإيلاء فيكون مُولياً، ولو قرب إحداهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث وهو قربانهما ولكن يبطل إيلاؤه منها، لأن ذلك يقف على القربان وقد وجد والإيلاء في حق الباقية على حاله لانعدام المبطل في حقهما وهو القربان.

ولو قربهما جميعاً بطل إيلاؤهما وعليه كفارة اليمين لوجود المبطل لهما والموجب للكفارة وهو قربانهما، ولو ماتت إحداهما قبل مضي أربعة أشهر بطل إيلاؤها ولا تجب الكفارة، وإن وطىء الأخرى بعد ذلك بالإجماع، لأن شرط وجوب الكفارة قربانهما ولم يوجد، ولو طلق إحداهما لا يبطل الإيلاء.

وأما الثاني: وهو ما إذا قال: والله لا أقرب إحداكما فإنه يصير مُولياً من إحداهما حتى لو وطىء إحداهما لزمته الكفارة وبطل الإيلاء لوجود شرط الحنث وهو قربان إحداهما، ولو ماتت إحداهما أو طلق إحداهما ثلاثاً أو بانت بلا عدة تعينت الباقية للإيلاء لزوال المزاحمة، ولو لم يقرب إحداهما حتى مضت المدة بانت إحداهما بغير عينها وله خيار أن يوقع الطلاق على أيتهما شاء، لأن الإيلاء في حق حكم البر تعليق الطلاق شرعاً بشرط ترك القربان في المدة فيصير كأنه قال: إن لم أقرب إحداكما أربعة أشهر فإحداكما طالق بائن، ولو نص على ذلك فمضت المدة ولم يقرب إحداهما طلقت إحداهما غير عين، وله الخيار يوقع على أيتهما شاء. كذا هذا.

ولو أراد أن يعين الإيلاء في إحداهما قبل مضي أربعة أشهر لا يملك ذلك حتى لو عين إحداهما، ثم مضت أربعة أشهر لم يقع الطلاق على المعينة بل يقع على إحداهما بغير عينها ويخير في ذلك لأن اليمين تعلقت بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك ذلك، لأن تغيير اليمين إبطالها من وجه، واليمين عقد لازم لا يحتمل الطلاق فلا يحتمل التغيير، ولأن الإيلاء في حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم القربان في المدة، ومتى علق الطلاق المبهم بشرط، ثم أراد تغيير التعليق قبل وجود الشرط لا يقدر على ذلك، كما إذا قال لامرأتيه: إذا جاء غد فإحداكما طالق، ثم أراد أن يعين إحداهما قبل مجيء الغد لا يملك ذلك. كذا هذا. فإذا مضت المدة وبانت إحداهما بغير عينها فله الخيار في تعيين أيتهما شاء للطلاق لأن الطلاق إذا وقع في المجهولة يتخير الزوج في التعيين فله أن يوقع الطلاق على إحداهما، فلو لم يوقع الطلاق على واحدة منهما حتى مضت أربعة أشهر أخرى وقعت تطليقة أخرى وبانت كل واحدة منهما بتطليقة في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يقع الطلاق على الأخرى.

وجه رواية أبي يوسف: أنه آلى من إحداهما لا من كل واحدة منهما فلا يتناول الإيلاء إلا إحداهما.

وجه ظاهر الرواية: أن اليمين باقية لعدم الحنث فكان تعليق طلاق إحداهما/ بمضي المدة من غير فيء [أ/٨٦/ج] باقياً، فإذا مضت أربعة أشهر ووقع الطلاق على إحداهما فقد زالت مزاحمتها واليمين باقية فتعينت الأخرى لبقاء اليمين في حقها وتعليق طلاقها، كما لو زالت المزاحمة بعد مضي المدة قبل اختيار الزوج بالموت بأن ماتت إحداهما أليس أنه تتعين الأخرى، كذا ههنا، وهل يتكرر الطلاق على المولى منها بالإيلاء السابق بتكرار المدة؟ لا نص في هذه المسألة.

وههنا لا يمكنه وطؤها في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين، لأنه لو وطىء إحداهما أو الثلاث منهن لزمه تعيين الأخرى للإيلاء وهذا شيء يلزمه بسبب اليمين وقد وجد حد الإيلاء فيكون مُولياً، ولو قرب إحداهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث وهو قربانهما ولكن يبطل إيلاؤه منها، لأن ذلك يقف على القربان وقد وجد والإيلاء في حق الباقية على حاله لانعدام المبطل في حقهما وهو القربان.

ولو قربهما جميعاً بطل إيلاؤهما وعليه كفارة اليمين لوجود المبطل لهما والموجب للكفارة وهو قربانهما، ولو ماتت إحداهما قبل مضي أربعة أشهر بطل إيلاؤها ولا تجب الكفارة، وإن وطىء الأخرى بعد ذلك بالإجماع، لأن شرط وجوب الكفارة قربانهما ولم يوجد، ولو طلق إحداهما لا يبطل الإيلاء.

وأما الثاني: وهو ما إذا قال: والله لا أقرب إحداكما فإنه يصير مُولياً من إحداهما حتى لو وطىء إحداهما لزمته الكفارة وبطل الإيلاء لوجود شرط الحنث وهو قربان إحداهما، ولو ماتت إحداهما أو طلق إحداهما ثلاثاً أو بانت بلا عدة تعينت الباقية للإيلاء لزوال المزاحمة، ولو لم يقرب إحداهما حتى مضت المدة بانت إحداهما بغير عينها وله خيار أن يوقع الطلاق على أيتهما شاء، لأن الإيلاء في حق حكم البر تعليق الطلاق شرعاً بشرط ترك القربان في المدة فيصير كأنه قال: إن لم أقرب إحداكما أربعة أشهر فإحداكما طالق بائن، ولو نص على ذلك فمضت المدة ولم يقرب إحداهما طلقت إحداهما غير عين، وله الخيار يوقع على أيتهما شاء. كذا هذا.

ولو أراد أن يعين الإيلاء في إحداهما قبل مضي أربعة أشهر لا يملك ذلك حتى لو عين إحداهما، ثم مضت أربعة أشهر لم يقع الطلاق على المعينة بل يقع على إحداهما بغير عينها ويخير في ذلك لأن اليمين تعلقت بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك ذلك، لأن تغيير اليمين إبطالها من وجه، واليمين عقد لازم لا يحتمل الطلاق فلا يحتمل التغيير، ولأن الإيلاء في حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم القربان في المدة، ومتى علق الطلاق المبهم بشرط، ثم أراد تغيير التعليق قبل وجود الشرط لا يقدر على ذلك، كما إذا قال لامرأتيه: إذا جاء غد فإحداكما طالق، ثم أراد أن يعين إحداهما قبل مجيء الغد لا يملك ذلك. كذا هذا. فإذا مضت المدة وبانت إحداهما بغير عينها فله الخيار في تعيين أيتهما شاء للطلاق لأن الطلاق إذا وقع في المجهولة يتخير الزوج في التعيين فله أن يوقع الطلاق على إحداهما، فلو لم يوقع الطلاق على واحدة منهما حتى مضت أربعة أشهر أخرى وقعت تطليقة أخرى وبانت كل واحدة منهما بتطليقة في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف: أنه لا يقع الطلاق على الأخرى.

وجه رواية أبي يوسف: أنه آلى من إحداهما لا من كل واحدة منهما فلا يتناول الإيلاء إلا إحداهما.

وجه ظاهر الرواية: أن اليمين باقية لعدم الحنث فكان تعليق طلاق إحداهما/ بمضي المدة من غير فيء [أ/٨٦/ج] باقياً، فإذا مضت أربعة أشهر ووقع الطلاق على إحداهما فقد زالت مزاحمتها واليمين باقية فتعينت الأخرى لبقاء اليمين في حقها وتعليق طلاقها، كما لو زالت المزاحمة بعد مضي المدة قبل اختيار الزوج بالموت بأن ماتت إحداهما أليس أنه تتعين الأخرى، كذا ههنا، وهل يتكرر الطلاق على المولى منها بالإيلاء السابق بتكرار المدة؟ لا نص في هذه المسألة.

واختلفت المشايخ فيه، وترجيح بعض الأقاويل فيه على البعض يعرف في «الجامع الكبير»[1]. وكذلك لو عين الطلاق في إحداهما بعد مضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر أخرى بانت الأخرى بتطليقة على جواب ظاهر الرواية.

وأما الثالث: وهو ما إذا قال: والله لا أقرب واحدة منكما فإنه يصير مُولياً منهما جميعاً حَتّى لو مضت مدة أربعة أشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعاً كذا ذكر المسألة في «الجامع» من غير خلاف، وهكذا ذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» وذكر القدوري في «شرحه مختصر الكرخي» فقال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يكون مولياً منهما استحساناً، وعلى قول محمد: يكون مولياً من إحداهما وهو القياس.

وجه القياس: أن قوله واحدة منكما لا يعبر به عنهما بل عن إحداهما. فصار كقوله: والله لا أقرب إحداكما، والدليل عليه أنه إذا قرب إحداهما يحنث وتلزمه الكفارة فدل أن اليمين تناولت إحداهما لا غير.

ووجه الاستحسان: وهو الفرق بين المسألتين أن قوله إحداكما معرفة لأنه مضاف إلى الكناية، والكنايات معارف، بل أعرف المعارف، والمضاف إلى المعرفة معرفة، والمعرفة تختص في النفي كما تختص في الإثبات.

وقوله: واحدة منكما نكرة لأنها نكرة بنفسها ولم يوجد ما يوجب صيرورتها معرفة وهو اللام أو الإضافة فبقيت نكرة وأنها في محل النفي فتعم، والدليل على التفرقة بينهما أنه يستقيم إدخال كلمة الإحاطة والاشتمال وهي كلمة كل على واحدة منكما، ولا يستقيم إدخالها على إحداكما، حتى يصح أن يقال: والله لا أقرب كل واحدة منكما، ولا يصح أن يقال: والله لا أقرب كل إحداكما، فدل أن قوله: واحدة منكما يصلح لهما.

وقوله: إحداكما لا يصلح لهما إلا أنه إذا قال: والله لا أقرب واحدة منكما فقرب إحداهما يبطل إيلاؤهما جميعاً وتلزمه الكفارة لوجود شرط الحنث، وهو قربان واحدة منهما، بخلاف ما إذا قال: والله لا أقربكما فقرب واحدة منهما أنه يبطل إيلاؤهما، ولا يبطل إيلاء الباقية حتى لا تجب عليه الكفارة. أما بطلان إيلاء التي قربها فلوجود شرط البطلان وهو القربان، ولم يوجد القربان في الباقية فلا يبطل إيلاؤها، وأما عدم وجوب الكفارة فلعدم شرط الوجوب وهو قربانهما جميعاً.

ولو قال لامرأته وأمته: والله لا أقربكما لا يكون مُولياً من امرأته ما لم يقرب الأمة فإذا قرب الأمة صار مُولياً من امرأته، لأن المولي من لا يمكنه قربان امرأته في المدة من غير شيء يلزمه، وقبل أن يقرب الأمة يمكنه قربان امرأته من غير حنث يلزمه، لأنه علق الحنث بقربانهما فلا يثبت بقربان إحداهما فإذا قرب الأمة فقد صار بحال لا يمكنه قربان زوجته من غير حنث يلزمه فصار مُولياً.

ولو قال: والله لا أقرب إحداكما لم يكن مولياً في حق البر لما ذكرنا أن قوله: إحداكما معرفة لكونه مضافاً إلى المعرفة، والمعرفة تخص ولا تعم، سواء كان في محل الإثبات أو في محل النفي فلا يتناول إلا

(١) تقدم الكلام عنه.

إحداهما والإيلاء في حق البرّ تعليق الطلاق بشرط ترك القربان في المدة فصار كأنه قال: إن لم أقرب إحداكما في المدة فإحداكما طالق.

ولو قال ذلك لا يقع الطلاق إلا إذا عنى امرأته وما عنى ههنا فلا يمكنه جعله إيلاء في حق البرِّ، ولو قرب إحداهما تجب الكفارة لأنه بقي يميناً في حق الحنث وقد وجد شرط الحنث فيجب الكفارة كما لو قال لأجنبية: والله لا أقربك ثم قربها حنث ولا يكون ذلك إيلاء في حق البرّ كذا هذا.

ولو قال: والله لا أقرب واحدة منكما كان مُولياً من امرأته لما ذكرنا أن الواحدة نكرة مذكورة في محل النفي فتعم عموم الأفراد كما لو قال: لا أكلم واحداً من رجال حلب إلا أنه لو قرب إحداهما حنث لما ذكرنا أن شرط حنثه قربان واحدة منهما لا قُرْبَانهما وقد وُجِدَ، ولو كان له امرأتان حُرَّة وأمة فقال: والله لا أقربكما صار مولياً منهما جميعاً، لأن كل واحدة منهما محل الإيلاء فإذا مضى شهران ولم يقربهما بانت الأمة لمضي مدتها من غير قربان/ وإذا مضى شهران آخران بانت الحرة أيضاً لتمام مدتها من غير فيء. [ب/٨٦/ج]

ولو قال: واللَّهِ لا أقربُ إحداكما يكون مولياً من إحداهما بغير عينها لأنَّ كُلّ واحدة منهما محل الإيلاء، وقد أضاف الإيلاء إلى إحداهما بغير عينها فيصير مولياً من إحداهما غير عين، ولو أراد أن يعين إحداهما قبل مضي الشهرين ليس له ذلك لما بينا فيما تقدم، وإذا مضى شهران ولم يقربهما بانت الأمة لا لأنها عينت للإيلاء بل لسبق مدتها واستوثقت مدة الإيلاء على الحرة، فإذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت الحرة، لأن اليمين باقية إذا لم يوجد الحنث فكان تعليق الطلاق على إحداهما باقياً، فإذا مضى شهران وقع الطلاق على الأمة فقد زالت مزاحمتها واليمين باقية فتعينت الحرة لبقاء الإيلاء في حقها وتعليق طلاقها بمضي المدة وإنما استوثقت مدة الإيلاء على الحرة، لأن ابتداء المدة انعقدت لإحداهما وقد تعينت الأمة للسبق فيبتدىء الإيلاء على الحرة من وقت بينونة الأمة، بخلاف ما إذا قال لها: والله لا أقربكما، لأن هناك انعقدت المدة لهما، فإذا مضى شهران فقد تمت مدة الأمة فتتم مدة الحرة بشهرين آخرين، ولو ماتت الأمة قبل مضي الشهرين تعينت الحرة للإيلاء من وقت اليمين حتى إذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين تبين لزوال المزاحمة بموت الأمة.

ولو قال: والله لا أقرب واحدة منكما يكون مُولياً منهما جميعاً حتى لو مضى شهران تبين الأمة ثم إذا مضى شهران آخران تبين الحرة كما في قوله: والله لا أقربكما إلا أن ههنا إذا قرب إحداهما حنث وبطل الإيلاء لما ذكرنا فيما قبل وإن علقه بشرط يتعلق به بأن قال: إن دخلت هذه الدار وإن كلمت فلاناً فواللَّهِ لا أقربكِ، وكذا إذا أضافه إلى الوقت بأن قالَ إذا جاء غد فوالله لا أقربك، أو قال: إذا جاء رأس شهر كذا فوالله لا أقربك، وإذا وجد الشرط أو الوقت فيصير مولياً ويعتبر ابتداء المدة من وقت وجود الشرط والوقت، لأن الإيلاء يمين واليمين تحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت كسائر الأيمان، وإن وقته إلى غاية ينظر إن كان المجعول غاية لا يتصور وجوده في مدة الإيلاء يكون مُولياً كما إذا قال وهو في شعبان: والله لا أقربك حتى أصوم المحرم، لأنه منع نفسه عن قربانها بما يصلح مانعاً، لأنه لا يمكنه قربانها إلا بحنث يلزمه وهو الكفارة.

ألا ترى أنه لا يتصور وجود الغاية وهو صوم المحرم في المدة، وكذلك يعد مانعاً في العرف، لأنه يحلف به عادة.

وكذا لو قال: والله لا أقربك إلا في مكان كذا وبينه وبين ذلك المكان أربعة أشهر فصاعداً يكون مولياً، لأنه لا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه وإن كان أقل من ذلك لم يكن مولياً؛ لإمكان القربان من غير شيء يلزمه.

وكذا لو قال: والله لا أقربك حتى تفطمي صبيك وبينها وبين الفطام أربعة أشهر فصاعداً يكون مولياً، وإن كان أقل من ذلك لم يكن مولياً لما قلنا.

ولو قال: والله لا أقربك حتى تخرج الدابة من الأرض، أو حتى يخرج الدجال، أو حتى تطلع الشمس من مغربها فالقياس: أن لا يكون مولياً لتصور وجود الغاية في المدة ساعة فساعة فيمكنه قربانها في المدة من غير شيء يلزمه فلا يكون مولياً. وفي الاستحسان: يكون مولياً لأن حدوث هذه الأشياء لها علامات يتأخر عنها بأكثر من مدة الإيلاء على ما نطق به الأخبار فلا توجد هذه الغاية في زماننا في مدة أربعة أشهر عادة فلم تكن الغاية متصورة الوجود عادة فلا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه عادة فيكون مولياً، ولأن هذا اللفظ يذكر على إرادة التأبيد في العرف فصار كأنه قال: والله لا أقربك أبداً.

وكذا إذا قال: والله لا أقربك حتى تقوم الساعة كان مولياً، وإن كان يمكن في العقل قيام الساعة ساعة فساعة لكن قامت دلائل الكتاب العزيز والسنن المشهورة على أنها لا تقوم إلا بعد تقدم أشراطها العظام كطلوع الشمس من مغربها[1]، وخروج الدجال[2]، وخروج يأجوج ومأجوج[3]، ونحو ذلك، ولم يوجد شيء من ذلك في زماننا فلم تكن الغاية قبلها متصورة الوجود عادة على أن مثل هذه الغاية تذكر ويراد بها التأبيد في العرف والعادة كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ﴾[4] أي لا يدخلونها أصلاً ورأساً، وكما يقال: لا أفعل كذا حتى يبيض القار ويشيب الغراب ونحو ذلك فإنه يصير كأنه قال: والله/ لا أقربك حتى تموتي أو حتى أموت أو حتى تقتلي أو حتى أقتل أو حتى أقبلك أو حتى تقبليني [١/٨٧/ج] كان مولياً.

وإن كان يتصور وجود هذه الأشياء في المدة لكن لا يتصور بقاء النكاح بعد وجودها فيصير حاصل هذا الكلام كأنه قال: والله لا أقربك ما دمت زوجك، أو ما دمت زوجتي، أو ما دمت حياً، أو ما دمت حية، ولو

---

(١) أخرج مسلم في «صحيحه» في الفتن، باب في الآيات التي تكون قبل قيام الساعة برقم (٢٩٠١).
عن حذيفة بن أسيد الغفاري رضي الله عنه أنه قال: «اطلع رسول الله ﷺ علينا ونحن نتذاكر فقال: ما تذكرون؟ قالوا: نذكر الساعة قال: إنها لن تقوم حتى تروا قبلها عشر آيات. فذكر الدُّخان، والدجال، والدابة وطلوع الشمس من مغربها، ونزول عيسى ابن مريم، ويأجوج ومأجوج، وثلاثة خسوف: خسف بالمشرق وخسف بالمغرب وخسف بجزيرة العرب وآخر ذلك نار تخرج من اليمن تطرد الناس إلى محشرهم».

(٢) الدجّال: فعّال من الدّجل وهو التغطية، وسمي دجّالاً لأنه يغطي الحق بباطله، وسمي أيضاً المسيح الدجال ومسيح الضلالة.

(٣) كل واحد من هذين اللفظين: اسم لقبيل وأمّة من الناس مسكنهم في أقصى المشرق انظر «التصريح» صفحة (١١٩).

(٤) سورة الأعراف، الآية: (٤٠).

قال ذلك كان مُولياً إذ لو لم يكن مُولياً لما تصور انعقاد الإيلاء لأن هذا التقدير ثابت في كل الإيلاء.

ولو قال لامرأته وهي أمة الغير: والله لا أقربك حتى أملكك أو أملك شقصاً منك يكون مولياً، لأن النكاح لا يبقى بعد ملكها أو شقصاً منها فصار كأنه قال: والله لا أقربك ما دمت زوجك أو ما دمت زوجتي.

ولو قال: والله لا أقربك حتى أشتريك لا يكون مولياً، لأن النكاح لا يرتفع بمطلق الشراء لجواز أن يشتريها لغيره فلا يملكها فلا يرتفع النكاح، وكذا إذا قال: حتى أشتريك لنفسي، لأنه قد يشتريها شراءً فاسداً فلا يرتفع النكاح فلا يملكها، لأنه لا يملكها قبل القبض.

ولو قال: حتى أشتريك لنفسي وأقبضك كان مولياً، لأن الملك في الشراء الفاسد يثبت بالقبض فيرتفع النكاح فيصير تقديره والله لا أقربك ما دمت في نكاحي وإن كان مما يتصور بقاء النكاح مع وجوده، فإن كان مما لو حلف به لكان مولياً يصير مولياً إذا جعله غاية وإلا فلا، هذا أصل أبي حنيفة ومحمد، وأصل أبي يوسف: أنه إن أمكنه قربانها في المدة من غير حنث يلزمه لم يكن مولياً.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال: والله لا أقربك حتى أعتق عبدي فلاناً أو حتى أطلق امرأتي فلانة أو حتى أصوم شهراً أنه يصير مولياً في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف: لا يكون مولياً، لأبي يوسف أنه يتصور وجود هذه الغايات قبل مضي أربعة أشهر فيمكنه قربانها من غير حنث يلزمه بسبب اليمين فلا يكون مولياً كما إذا قال: والله لا أقربك حتى أدخل الدار أو حتى أكلم فلاناً.

ولهما: أنه منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح أن يكون مانعاً وبما يحلف به في العرف والعادة وهو عتق عبده وطلاق امرأته وصوم الشهر، ولهذا لو حلف بهذه الأشياء لكان مولياً فكذا إذا جعلها غاية، وكذا لا يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بسبب اليمين.

أما وجوب الكفارة، أو عتق العبد أو طلاق المرأة أو صوم الشهر فيصير في التقدير كأنه قال: إن قربتك فعبدي حر أو علي كفارة يمين، ولو قال ذلك لكان مولياً كذا هذا، بخلاف الدخول والكلام. ولو قال: لا أقربك حتى أقتل عبدي، أو حتى أشتم عبدي، أو حتى أشتم فلاناً، أو أضرب فلاناً وما أشبه ذلك لم يكن مولياً لأنه لم يحلف بهذه الأشياء عرفاً وعادة ولهذا لو حلف بشيء من ذلك لم يكن مولياً فكذا إذا جعله غاية للإيلاء.

وكذا إذا قال: إن قربتك فعلي قتل عبدي، أو ضرب عبدي، أو شتم عبدي، أو قتل فلان، أو ضرب فلان، أو شتم فلان لم يكن مُولياً كما لو قال: فعلي أن أدخل الدار أو أكلم فلاناً لما قلنا والله الموفق.

وأما اليمين بالشرط والجزاء فنحو قوله: إن قربتك فامرأتي الأخرى طالق، أو قال: هذه طالق، أو قال: فعبدي هذا حر أو فأنت علي كظهر أمي أو قال: فعلي عتق رقبة أو فعلي حجة أو عمرة أو المشي إلى بيت الله أو فعلي هدي أو صدقة أو صوم أو اعتكاف، لأن الإيلاء يمين واليمين في اللغة عبارة عن القوة، والحالف يتقوى بهذه الأشياء على الامتناع من قربان امرأته في المدة، لأن كل واحد منهما يصلح مانعاً من القربان في المدة، لأنه يثقل على الطبع ويشق عليه فكان في معنى اليمين بالله عز وجل لحصول ما وضع له اليمين وهو التقوي على الامتناع من مباشرة الشرط، وكذا يعد مانعاً في العرف والعادة، فإن الناس تعارفوا

الحلف بهذه الأشياء، وكذا لبعضها مدخل في الكفارة وهو العتق والصدقة وهي الإطعام والصوم والهدي والاعتكاف لا يصح بدون الصوم والحج والعمرة، وإن لم يكن لهما مدخل في الكفارة فلهما تعلق بالمال فإنه لا يتوصل إليهما بمال غالباً فأشبه العتق والصدقة لتعلقهما بالمال.

وذكر القدوري في «شرح مختصر الكرخي» خلاف أبي يوسف في قوله: إن قربتك فعبدي حر أن على قول أبي يوسف لا يكون مُولياً ولم يذكر القاضي الخلاف في «شرحه مختصر الطحاوي».

وجه قول أبي يوسف: أن المولى من لا يمكنه قربان امرأته في المدة إلا بحنث يلزمه، وههنا يمكنه القربان من غير/ شيء يلزمه بأن يبيع العبد قبل أن يقربها ثم يقربها فلا يلزمه شيء فلا يكون مُولياً. [ب/٨٧/ج]

وجه قولهما: أنه منع نفسه من قربانها بما يصلح مانعاً ويعد مانعاً في العرف والعادة فكان مُولياً.

وأما قوله: يمكنه أن يبيع العبد قبل القربان فلا يلزمه شيء بالقربان فيكون الملك قائماً للحال، والظاهر بقاؤه والبيع موهوم فكان الحنث عند القربان لازماً على اعتبار الحال ظاهراً وغالباً.

ولو قال: إن قربتك فكل مملوك أملكه فيما يستقبل حرٌّ، وقال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فهو مول في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً.

وجه قول أبي يوسف: أنه علق اليمين بالقربان، وعند وجود القربان لا يلزمه شيء وإنما يلزمه بعد التمليك والتزوج والجزاء المانع من القربان ما يلزم عند القربان ولأنه يقدر على أن يمتنع عن التملك والتزوج فلا يلزمه شيء فلا يكون مولياً.

وجه قولهما: أنه جعل القربان شرط انعقاد اليمين وكون القربان شرط انعقاد اليمين يصلح مانعاً له عن القربان لأنه إذا قربها انعقدت اليمين واليمين إذا انعقدت يحتاج إلى منع النفس عن تحصيل الشرط خوفاً عن نزول الجزاء، وبه تبين أنه لا يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وقت القربان وهو انعقاد اليمين التي يلزم عند انحلالها حكم الحنث فيصير مُولياً.

وقوله: يمكنه أن لا يتملك فلا يلزمه شيء، قلنا: وقد يملك من غير تملك بالإرث فلا يمكنه الامتناع عنه.

ولو قال: إن قربتك فعلي صوم شهر كذا، فإن كان ذلك الشهر يمضي قبل مضي الأربعة الأشهر لم يكن مُولياً، لأنه إذا مضى يمكنه الوطء في المدة من غير شيء يلزمه، وإن كان لا يمضي قبل مضي الأربعة الأشهر فهو مُولٍ، لأنه لا يمكنه وَطؤها في المدة إلا بصيامٍ يلزمه.

ولو قال: إن قربتكِ فعلي أن أصلي ركعتين، أو علي أن أغزو لم يكن مُولياً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يكون مُولياً كذا ذكر القدوري في «شرحه مختصر الكرخي»، وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة.

وجه قول محمد: أن الصلاة مما يصح إيجابها بالنذر كالصوم والحج فيصير مولياً كما لو قال: علي صوم أو حج.

وجه قولهما: أن هذا لا يصلح مانعاً لأنه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد مانعاً في العرف أيضاً، الا ترى أن الناس لم يتعارفوا الحلف بالصلاة والغزو بخلاف الحج والصوم فلا يصير مُولياً كما لو قال: لله علي صلاة الجناز أو سجدة التلاوة، وكذا لا مدخل للصلاة في الكفارة ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم والحج، ولو قال: إن قربتك فعلي كفارة، أو قال: فعلي يمين فهو مُولٍ، لأن قوله: فعلي كفارة التزام الكفارة نصاً، وقوله: علي يمين موجب اليمين وهو الكفارة فكان بمنزلة قوله: فعلي كفارة.

وقالوا: فيمن قال: إن قربتك فعلي نحر ولدي أنه مُولٍ عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر بناء على أن النذر بنحر الولد يصح، ويجب ذبح شاة عندنا، وعند زفر هو باطل لا يوجب شيئاً.

ولو قال: إن قربتك فأنت علي مثل امرأة فلان وفلان كان آلى من امرأته، فإن نوى الإيلاء كان مولياً، لأنه شبهها بامرأة آلى منها زوجها لإتيانه بلفظ موضوع التشبيه. فإذا نوى به الإيلاء انصرف التشبيه إليه وإن لم ينو التحريم، ولا اليمين لم يكن مُولياً، لأن التشبيه لا يقتضي المساواة في جميع الصفات.

وقالوا فيمن قال لامرأته: أنا منك مُولٍ إنه إن عنى بهِ الخبر بالكذبِ يصدق فيما بينه وبين الله ولا يكون مُولياً، لأن لفظه لفظ الخبر وخبر غير المعصوم يحتمل الكذب ولا يصدق في القضاء، لأن خبره يحمل على الصدق ولا يكون صادقاً بثبوت المخبر به، وإن عنى به الإيجاب كان مُولياً في القضاء، وفيما بنيه وبين الله تعالى، لأن هذا اللفظ يستعمل في الإيجاب في العرف.

ولو آلى من امرأته ثم قال لا مرأة له أخرى: قد أشركتك في إيلائها كان باطلاً، لأن الشركة في الإيلاء لو صحت لثبتت الشركة في المدة فيصير لكل واحد منهما أقل من أربعة أشهر وهذا يمنع صحة الإيلاء لما نذكر إن شاء الله تعالى.

ولو قال: إن قربتك فأنت علي حرام، فإن نوى الطلاق فهو مُولٍ عندهم جميعاً لأنه إذا نوى به الطلاق فقد جعل الطلاق جزاء مانعاً من القربان فيصير كأن قال إن قربتك فأنت طالق، ولو قال ذلك لصار مُولياً كذا هذا، وإن نوى اليمين فهو مُولٍ للحال عند أبي حنيفة، وعند/ أبي يوسف ومحمد: لا يكون مولياً ما لم يقربها. [٨٨/أ/ج]

وجه قولهما: أن قوله: أنت علي حرام[1] إذا نوى به اليمين أو لا نية له يكون إيلاء بلا خلاف بين أصحابنا كأنه قال: والله لا أقربك فصار الإيلاء معلقاً بالقربان كأنه قال: إن قربتك فوالله لا أقربك، ولو قال ذلك لا يكون مولياً حتى يقربها كذا هذا.

ولأبي حنيفة: أنه منع نفسه من قربان امرأته في المدة بما لا يصلح مانعاً وهو التحريم وهو حد المولي فيصير مولياً كما لو قال: إن قربتك فأنت علي كظهر أمي ثم لا بد من معرفة مسألة الحرام أعني قوله لامرأته: أنت علي حرام من غير التعليق بشرط القربان إن حكمها ما هو؟

---

(١) لكن الصحيح «أن علي الحرام» طلاق بائن.
قال العلامة ابن عابدين في «... والفتوى على أنه تبين امرأته من غير نية..
والفتوى على قول المتأخرين بانصرافه إلى الطلاق البائن عاماً كان أو خاصاً فاغتنم هذا التحرير. انظر «الحاشية» (٢/ ٥٥٣).

وجملة الكلام فيه أن الأمر لا يخلو: إما إن أضاف التحريم إلى شيء خاص نحو امرأته أو الطعام أو الشراب أو اللباس، وإما إن أضافه إلى كل حلال على العموم فإن إضافه إلى امرأته بأن قال: أنت علي حرام، أو قد حرمتك علي، أو أنا عليك حرام، أو قد حرمت نفسي عليك، أو أنت محرمة علي، فإن أراد به طلاقاً فهو طلاق، لأنه يحتمل الطلاق وغيره. فإذا نوى به الطلاق انصرف إليه وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً، وإن نوى واحدة يكون واحدة بائنة، وإن نوى اثنتين يكون واحدة بائنة عندنا خلافاً لزفر، لأنه من جملة كنايات الطلاق، وإن لم ينو الطلاق ونوى التحريم أو لم يكن له نية فهو يمين عندنا ويصير مولياً حتى لو تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، لأن الأصل في تحريم الحلال أن يكون يميناً لما تبين وإن قال: أردت به الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يكون شيئاً، ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء.

وقد اختلف السلف رضي الله عنهم في هذه المسألة روي عن أبي بكر، وعمر، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا: الحرام يمين حتى روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «إذا حرم الرجل امرأته فهو يمين يكفرها أما كان لكم في رسول الله أسوة حسنة».

وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إن نوى طلاقاً فطلاق، وإن لم ينو طلاقاً فيمين يكفرها».

وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: «فيه كفارة يمين».

ومنهم من جعله طلاقاً ثلاثاً، وهو قول علي رضي الله عنه، ومنهم من جعله طلاقاً رجعياً.

وعن مسروق أنه قال: «ليس ذلك بشيء» ما أبالي حرمتها أو قصعة من ثريد، وقال الشافعي[١]: ليس بيمين وفيه كفارة يمين بنفس اللفظ. ولقب المسألة أن تحريم الحلال هل هو يمين؟

عندنا يمين، وعنده ليس بيمين.

وجه قوله: أن تحريم الحلال تغيير الشرع، والعبد لا يملك تغيير الشرع، ولهذا خرج قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾[٢] مخرج العتاب لرسول الله ﷺ فدل أنه ليس لأحد أن يحرم ما أحل الله سبحانه وتعالى، وبه تبين أن اليمين لا يحرم المحلوف عليه على الحالف، وإنما يمنعه منه بكونه حلالاً.

ولنا: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾[٣] إلى قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾[٤] قيل: نزلت الآية في تحريم جاريته مارية القبطية لما قال ﷺ: «هي علي حرام»[٥] وسمى الله تعالى ذلك يميناً بقوله: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ أي وسع الله عليكم أو أباح لكم أن

---

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢٧٢) و«المنهاج» صفحة (١١٢).
(٢) سورة التحريم، الآية: (١).
(٣) سورة التحريم، الآية: (١).
(٤) سورة التحريم، الآية: (٢).
(٥) أخرجه ابن جرير الطبري في «تفسيره» وسنده صحيح كما في «تفسير» ابن كثير (٤/ ٣٨٦).

تحلوا من أيمانكم بالكفارة، وفي بعض القراءات ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ كَفَّارَةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ والخطاب عام يتناول رسول الله ﷺ وأمته.

وأما السنة: فما روي ابن عباس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ جعل الحرامَ يَميناً»(١).

وأما الإجماع فما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم: «أن النبي ﷺ جعل الحرامَ يميناً» وبعضهم نص على وجوب كفارة اليمين فيه، وكفارة اليمين ولا يمين لا تتصور فدل على أنه يمين، وقول من جعله طلاقاً ثلاثاً محمول على ما إذا نوى الثلاث، لأن الحرمة نوعان غليظة وخفيفة فكانت نية الثلاث تعيين بعض ما يحتمله اللفظ فيصح، وإذا نوى واحدة كانت واحدة بائنة، لأن اللفظ ينبيء عن الحرمة، والطلاق الرجعي لا يوجب الحرمة للحال وإثبات حكم اللفظ على الوجه الذي ينبيء عنه اللفظ أولى، ولأن المخالف يوجب فيه كفارة يمين وكفارة اليمين تستدعي وجود اليمين فدل أن هذا اللفظ يمين في الشرع فإذا نوى به الكذب لا يصدق في إبطال اليمين في القضاء لعدوله عن الظاهر.

وأما قوله: إن تحريم الحلال تغيير للشرع فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن هذا ليس بتحريم/ الحلال من الحالف حقيقة بل من الله سبحانه وتعالى لأن التحريم [ب/٨٨/ج] إثبات الحرمة كالتحليل إثبات الحل، والعبد لا يملك ذلك بل الحرمة والحل وسائر الحكومات الشرعية ثبتت بإثبات الله تعالى لا منع للعبد فيها أصلاً إنما من العبد مباشرة سبب الثبوت.

هذا هو المذهب عند أهل السنة والجماعة فلم يكن هذا من الزوج تحريم ما أحله الله تعالى بل مباشرة سبب ثبوت الحرمة أو منع النفس عن الانتفاع بالحلال، لأن التحريم في اللغة عبارة عن المنع وقد يمنع المرء من تناول الحلال لغرض له في ذلك ويسمى ذلك تحريماً، قال الله تعالى: ﴿وحَرَّمْنَا عليه المراضعَ مِنْ قَبْلُ﴾(٢) والمراد منه امتناع سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام عن الارتضاع من غير ثدي أمه لا التحريم الشرعي، وعلى أحد هذين الوجهين يحمل التحريم المضاف إلى رسول الله ﷺ.

فإن قيل: لو كان الأمر على ما ذكرتم لم يكن ذلك منه تحريم الحلال حقيقة فما معنى إلحاق العتاب به فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن ظاهر الكلام إن كان يوهم العتاب فليس بعتاب في الحقيقة بل هو تخفيف المؤنة عليه ﷺ في حسن العشرة والصحبة مع أزواجه، لأنه كان مندوباً إلى حسن العشرة معهن والشفقة عليهن والرحمة بهن فبلغ من حسن العشرة والصحبة مبلغاً امتنع عن الامتناع بما أحل الله له يبتغي به حسن العشرة فخرج ذلك مخرج تخفيف المؤنة في حسن العشرة معهن لا مخرج النهي والعتاب، وإن كانت صيغته صيغة النهي

---

(١) انظر «تفسير» ابن كثير (٤/٣٨٧).
وأخرجه البخاري من قول ابن عباس رضي الله عنه بلفظ: «الحرام يمين يُكفِّر». أخرجه البخاري في «صحيحه» في التفسير برقم (٤٩١١) ومسلم في «صحيحه» في الطلاق، باب وجوب الكفارة برقم (١٤٧٣).

(٢) سورة القصص، الآية: (١٢).

والعتاب، وهو كقوله تعالى: ﴿فَلَا تَذْهَبْ نَفْسُكَ عليهم حَسَرَاتٍ﴾[(١)].

والثاني: إن كان ذلك الخطاب عتاباً فيحتمل أنه إنما عوتب، لأنه فعل بلا إذن سبق من الله عز وجل، وإن كان ما فعل مباحاً في نفسه وهو منع النفس عن تناول الحلال، والأنبياء عليهم الصلاة والسلام يعاتبون على أدنى شيء منهم يوجد مما لو كان ذلك من غيرهم لعد من أفضل شمائله كما قال تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَنكَ لِمَ أَذِنتَ لَهُمْ﴾[(٢)].

وقوله: ﴿عَبَس وتَولى * أَن جَاءَهُ الأَعْمَى﴾[(٣)]؛ ونحو ذلك، والثاني إن كان هذا تحريم الحلال لكن لم قلت: إن كل تحريم حلال من العبد تغيير للشرع بل ذلك نوعان: تحريم ما أحل الله تعالى مطلقاً وذلك تغيير بل اعتقاده كفر وتحريم ما أحله الله مؤقتاً إلى غاية لا يكون تغييراً بل يكون بيان نهاية الحلال، ألا ترى أن الطلاق مشروع وإن كان تحريم الحلال لكن لما كان الحل مؤقتاً إلى غاية وجود الطلاق لم يكن التطليق من الزوج تغييراً للشرع بل كان بيان انتهاء الحل.

وعلى هذا سائر الأحكام التي تحتمل الارتفاع والسقوط، وعلى هذا سبيل النسخ فيما يحمل التناسخ فكذا قوله لامرته أنت علي حرام، وإن نوى بقوله أنت علي حرام الظهار كان ظهاراً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يكون ظهاراً.

وجه قوله: أن الظهار تشبيه الحلال بالحرام والتشبيه لا بد له من حرف التشبيه ولم يوجد فلا يكون ظهاراً.

ولهما: أن وصفها بكونها محرمة والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق، وتارة تكون محرمة بالظهار فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه. هذا إذا أضاف التحريم إلى المرأة.

فإما إذا أضافه إلى الطعام أو الشراب أو اللباس بأن قال: هذا الطعام علي حرام أو هذا الشراب، أو هذا اللباس فهو يمين عندنا: وعليه الكفارة إذا فعل.

وقال الشافعي: إذا قال ذلك في غير الزوجة والجارية لا يجب شيء وهي مسألة تحريم الحلال أنه يمين أم لا.

وجه قول الشافعي في المسألة الأولى ما ذكرنا في المسألة الأولى.

ولنا: قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النبي لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾[(٤)] قيل نزلت الآية في تحريم العسل وقد سماه الله تعالى يميناً بقوله سبحانه وتعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أيمانِكُمْ﴾[(٥)] فدل أن تحريم غير

---

(١) سورة فاطر، الآية: (٨).
(٢) سورة التوبة، الآية: (٤٣).
(٣) سورة عبس، الآيتان: (١، ٢).
(٤) سورة التحريم، الآية: (٢).
(٥) سورة التحريم، الآية: (٢).

الزوجة والجارية يمين موجب للكفارة، لأن تحلة اليمين هي الكفارة.

فإن قيل: فقد روي أنها نزلت في تحريم جاريته مارية.

فالجواب: أنه لا يمتنع أن تكون الآية الكريمة نزلت فيهما لعدم التنافي، ولأنه لو أضاف التحريم إلى الزوجة والجارية لكان يميناً فكذا إذا أضيف إلى غيرهما كان يميناً كلفظ القسم إذا أضيف إلى الزوجة والجارية كان يميناً، وإذا أضيف إلى غيرهما كان يميناً أيضاً كذا هذا، فإن فعل كان يميناً مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث وانحلت اليمين، لأن التحريم المضاف إلى المعين يوجب تحريم كل جزء من أجزاء المعين كتحريم الخمر والخنزير والميتة والدم، فإذا تناول شيئاً/ منه فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتنحل اليمين، [٨٩/أ ج] بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام فأكل بعضه أنه لا يحنث، لأن الحنث هناك معلق بالشرط وهو أكل كل الطعام والمعلق بشرط لا ينزل عند وجود بعض الشرط.

ولو قال: نسائي علي حرام ولم ينو الطلاق فقرب إحداهن كفّر، وسقطت اليمين فيهن جميعاً لأنه أضاف التحريم إلى جمع فيوجب تحريم كل فرد من أفراد الجمع فصار كل فرد من أفراد الجمع محرماً على الانفراد، فإذا قرب واحدة منهن فقد فعل ما حرمه على نفسه فيحنث وتلزمه الكفارة وتنحل اليمين، وإن لم يقرب واحدة منهن حتى مضت أربعة أشهر بنَّ جميعاً، لأن حكم الإيلاء لا يثبت في حق كل واحدة منهن على انفرادها والإيلاء يوجب البينونة بمضي المدة من غير فيء، هذا إذا أضاف التحريم إلى نوع خاص، فأما إذا أضافه إلى الأنواع كلها بأن قال: كل حلال علي حرام، فإن لم تكن له نية فهو على الطعام والشراب خاصة استحساناً.

والقياس أن يحنث عقيب كلامه، وهو قول زفر.

وجه القياس: أن اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال، وكما فرغ عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه فيحنث.

وجه الاستحسان: أن هذا عام لا يمكن العمل بعمومه، لأنه لا يمكن حمله على كل مباح من فتح عينه وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاته وسكناته المباحة؛ لأنه لا يمكنه الامتناع عنه، والعاقل لا يقصد بيمينه منع نفسه عما لا يمكنه الامتناع عنه فلم يمكن العمل بعموم هذا اللفظ فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة، لأن هذا اللفظ مستعمل فيهما في العرف.

ونظيره قوله تعالى: ﴿لا يَسْتَوِي أصحابُ النَّارِ وأَصْحابُ الجَنَّةِ﴾[1] أنه لما لم يمكن للعمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم والكافر في أشياء كثيرة حمل على الخصوص وهو نفي المساواة بينهما في العمل في الدنيا أو في الجزاء في الآخرة، كذا هذا.

فإن نوى مع ذلك اللباس أو امرأته فالتحريم واقع على جميع ذلك وأي شيء من ذلك فعل وحده لزمته الكفارة، لأن اللفظ صالح لتناول كل المباحات وإنما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف، فإذا نوى

---

(١) سورة الحشر، الآية: (٢٠).

شيئاً زائداً على المتعارف فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه فيقبل قوله، فإذا نوى شيئاً بعينه دون غيره بأن نوى الطعام خاصة أو الشراب خاصة أو اللباس خاصة أو امرأته خاصة فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء لما ذكرنا أن هذا اللفظ متروك العمل بظاهر عمومه، ومثله يحمل على الخصوص.

فإذا قال: أردت واحداً بعينه دون غيره فقد ترك ظاهر لفظ هو متروك الظاهر فلم يوجد منه العدول فيصدق، وإن قال كل حل علي حرام ونوى امرأته كان عليها وعلى الطعام والشراب، لأن الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر هذا اللفظ ولم ينفهما بنيته فبقيا داخلين تحت اللفظ، بخلاف الفصل الأول، لأنه هناك نوى امرأته خاصة ونفى الطعام والشراب بنيته فلم يدخلا، وههنا لم ينف الطعام والشراب بنيته وقد دخلا تحت اللفظ فبقيا كذلك ما لم ينفيا بالنية، وإن نوى في امرأته الطلاق لزمه الطعام فيها، فإن أكل أو شرب لم تلزمه الكفارة، لأن اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق واليمين لاختلاف معنييهما واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين، فإذا أراد به في الزوجة الطلاق الذي هو أشد الأمرين وأغلظهما لا يبقى الآخر مراداً، وكذا روي عن أبي يوسف ومحمد في رجل قال لامرأتين له: أنتما علي حرام يعني في إحداهما الطلاق وفي الأخرى الإيلاء فهما طالقان جميعاً لما ذكرنا أن اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين، فإذا أرادهما بلفظ واحد يحمل على أغلظهما ويقع الطلاق عليهما.

ولو قال: هذه علي حرام ينوي الطلاق، وهذه علي حرام ينوي الإيلاء كان كما نوى لأنهما لفظان فيجوز أن يراد بأحدهما خلاف ما يراد بالآخر.

وعن أبي يوسف فيمن قال لامرأتيه: أنتما علي حرام ينوي في إحداهما ثلاثاً وفي الأخرى واحدة أنهما جميعاً طالقان ثلاثاً، لأن حكم الواحدة البائنة خلاف حكم الثلاث، لأن الثلاث يوجب الحرمة الغليظة واللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين في حالة واحدة، فإذا نواهما يحمل على أغلظهما وأشدهما.

[ب/٨٩/ج] وقال ابن سماعة في «نوادره»: سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال: ما أحلّ الله علي حرام من مال/ وأهل ونوى الطلاق في أهله قال: ولا نية له في الطعام، فإن أكل لم يحنث لما قلنا، قال: وكذلك لو قال هذا الطعام علي حرام وهذه ينوي الطلاق، لأن اللفظة واحدة وقد تناولت الطلاق فلا تتناول تحريم الطعام.

وقالوا فيمن قال لامرأته: أنت عليّ كالدم، أو الميتة، أو لحم الخنزير، أو كالخمر أنه يسأل عن نيته فإن نوى كذباً فهو كذب، لأن هذا اللفظ ليس صريحاً في التحريم ليجعل يميناً فيصدق أنه أراد به الكذب، بخلاف قوله: أنت علي حرام فإنه صريح في التحريم فكان يميناً، وإن نوى التحريم فهو إيلاء، لأنه شبهها بما هو محرم فكأنه قال: أنت حرام وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول فيمن قال لامرأته: أنت علي حرام ينوي الطلاق.

وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته: إن فعلت كذا فأنت أمي، يريد التحريم قال هو باطل، لأنه لم يجعلها مثل أمه ليكون تحريماً وإنما جعلها أمه فيكون كذباً.

قال محمد: ولو ثبت التحريم بهذا لثبت إذا قال: أنت حواء، وهذا لا يصح وقال ابن سماعة عن

محمد فيمن قال لامرأته: أنت معي حرام فهو مثل قوله: أنت علي حرام، لأن هذه الحروف يقام بعضها مقام بعض والله تعالى أعلم.

فصل: وأما شرائط ركن الإيلاء فنوعان: نوع هو شرط صحته في حق حكم الحنث ونوع هو شرط صحته في حق حكم البر وهو الطلاق.

أما الأول: فموضع بيانه كتاب الأيمان، لأن الإيلاء يساوي سائر الأيْمَان في حق أحد الحكمين وهو حكم الحنث، وإنما يخالفها في حق الحكم الآخر وهو حكم البر، لأنه لا حكم لسائر الأيمان عند تحقق البر فيها وللإيلاء عند تحقق البر حكم وهو وقوع الطلاق إذ هو تعليق الطلاق البائن شرعاً بشرط البر كأنه قال: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن فنذكر الشرائط المختصة به في حق هذا الحكم وهو الطلاق فنقول: لركن الإيلاء في حق هذا الحكم شرائط بعضها يعم كل يمين بالطلاق وبعضها يخص الإيلاء، أما الذي يعم فما ذكرنا من الشرائط فيما تقدم من العقل والبلوغ وقيام ملك النكاح والإضافة إلى الملك حتى لا يصلح إيلاء الصبي والمجنون لأنهما ليسا من أهل الطلاق.

وكذا لو آلى من أمته أو مدبرته أو أم ولده لم يصح إيلاؤه في حق هذا الحكم لأن الله تعالى خص الإيلاء بالزوجات بقوله عز وجل: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[1] والزوجة اسم للمملوكة بملك النكاح، وشرع الإيلاء في حق هذا الحكم ثبت بخلاف القياس بهذه الآية الشريفة وإنها وردت في الأزواج فتختص بهم، ولأن اعتبار الإيلاء في حق هذا الحكم لدفع الظلم عنها من قبل الزوج لمنعه حقها في الجماع منعاً مؤكداً باليمين، ولا حق للأمة قبل مولاها في الجماع فلم يتحقق الظلم فلا تقع الحاجة إلى الدفع لوقوع الطلاق، ولأن الفرقة الحاصلة بمضي المدة من غير فيء فرقة بطلاق ولا طلاق بدون النكاح، ولو آلى منها وهي مطلقة، فإن كان الطلاق رجعياً فهو مُولٍ لقيام الملك من كل وجه، ولهذا صح طلاقه وظهاره ويتوارثان، وإن كان بائناً أو ثلاثاً لم يكن مُولياً لزوال الملك والمحل بالإبانة والثلاث والإيلاء لا ينعقد في غير الملك ابتداءً، وإن كان يبقى بدون الملك على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لأجنبية: والله لا أقربك، ثم تزوجها أنه لا يصير مُولياً في حق حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر فصاعداً بعد التزوج ولم يفيء إليها لا يقع عليها شيء لانعدام الملك والإضافة إلى الملك، ولو قربها بعد التزوج أو قبله تلزمه الكفارة لانعقاد اليمين في حق الحنث.

ولو قال لها: إن تزوجتك فوالله لا أقربك فتزوجها صار مُولياً عندنا لوجود الملك عند المتزوج واليمين بالطلاق يصح في الملك أو مضافاً إلى الملك، وههنا وجدت الإضافة إلى الملك فيصير مُولياً بخلاف الفصل الأول، وكذا جميع ما ذكرنا من شرائط صحة التطليق فهو من شرط صحة الإيلاء في حق الطلاق، وأما الذي يخص الإيلاء فشيآن: أحدهما: المدة وهي أن يحلف على أربعة أشهر فصاعداً في الحرة أو يحلف مطلقاً أو مؤبداً حتى لو حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مُولياً في حق الطلاق، وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم.

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٦).

وقال بعض أهل العلم: إن مدة الإيلاء غير مقدرة يستوي فيها القليل والكثير حتى لو حلف لا يقربها يوماً أو ساعة كان مُولياً حتى لو تركها أربعة أشهر بانت، وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: إن الإيلاء على الأبد.

وقال الشافعي[١]: لا يكون مُولياً حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر.

وجه قول الأولين ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ آلى مِنْ نسائِهِ شَهْراً، فلما كان تِسعةً وعشرين يوماً تركَ إيلاءهن، فقيل له: إنك آليتَ شَهْراً يَا رَسُولَ اللَّهِ،/ فقال: الشَّهْرُ تسعةٌ وعشرونَ يوماً»[٢] ولأن الله تعالى لم يذكر في كتابه الكريم للإيلاء مدة بل أطلقه إطلاقاً بقوله عز وجل: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ﴾[٣] فيجري على إطلاقه وإنما ذكر المدة لثبوت البينونة حتى تبين بمضي المدة من غير فيء لا ليصير إيلاء شرعاً وبه نقول. [١/٩٠/ج]

ولنا: قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبصُ أربعةِ أَشْهُرٍ﴾[٤] ذكر للإيلاء في حكم الطلاق مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاء في حق هذا الحكم وهذا لأن الإيلاء ليس بطلاق حقيقة وإنما جعل طلاقاً معلقاً بشرط البر شرعاً بوصف كونه مانعاً من الجماع أربعة أشهر فصاعداً فلا يجعل طلاقاً بدونه ولأن الإيلاء هو اليمين التي تمنع الجماع خوفاً من لزوم الحنث وبعد مضي يوم أو شهر يمكنه أن يطأها من غير حنث يلزمه فلا يكون هذا إيلاء.

وأما قولهم: إن المدة ذكرت لثبوت حكم الإيلاء لا للإيلاء فنقول: ذكر المدة في حكم الإيلاء لا يكون ذكراً في الإيلاء، لأن الحكم ثبت بالإيلاء إذ به يتأكد المنع المحقق للظلم.

وأما الحديث فالمروي: «أنّ النبي ﷺ آلى أَنْ لا يدخلَ عَلَى نِسَائِهِ شَهْراً»[٥] وعندنا من حلف لا يدخل على امرأته يوماً أو شهراً أو سنة لا يكون مُولياً في حق حكم الطلاق، لأن الإيلاء يمين يمنع الجماعَ وهذا لا يمنع الجماع، وقول عبد الله بن عباس رضي الله عنهما الإيلاء على الأبد محتمل يحتمل أن يكون معناه أن الإيلاء إذا ذكر مطلقاً عن الوقت يقع على الأبد وإن لم يذكر الأبد، ونحن نقول به، ويحتمل: أنه أراد به أن ذكر الأبد شرط صحة الإيلاء في حق حكم الطلاق فيحمل على الأول توفيقاً بين الأقاويل.

والدليل عليه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «كانَ إيلاءُ أهلِ الجاهليةِ السّنة والسنتينِ وَأكثر مِنْ ذَلِكَ فوَقّتَه اللّهُ أربعةَ أَشْهُرٍ فمَن كَانَ إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء»[٦] ولأنه ليس في النص

---

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢٧٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٦).

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» والطبراني.

وقال الشافعي: «كانت العرب في الجاهلية تحلف بثلاثة أشياء وفي لفظ: «كانوا يطلقون الطلاق والظهار والإيلاء فنقل تعالى=

شرط الأبد، فيلزمه إثبات حكم الإيلاء في حق الطلاق عند تربص أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة إلا بدليل.

وأما الكلام مع الشافعي فمبني على حكم الإيلاء في حق الطلاق فعندنا إذا مضت أربعة أشهر تبين منه وعنده لا تبين بل توقف بعد مضي هذه المدة ويخير بين الفيء والتطليق فلا بد وأن تزيد المدة على أربعة أشهر، ونذكر المسألة في بيان حكم الإيلاء إن شاء الله تعالى، وسواء كان الإيلاء في حال الرضا أو الغضب أو أراد به إصلاح ولده في الرضاع أو الإضرار بالمرأة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وهو الصحيح، لأن نص الإيلاء لا يفصل بين حال وحال، ولأن الإيلاء يمين فلا يختلف حكمه بالرضا والغضب وإرادة الإصلاح والإضرار كسائر الأيمان.

وأما مدة إيلاء الأمة المنكوحة فشهران فصاعداً عندنا، وعند الشافعي[1]: مدة إيلاء الأمة كمدة إيلاء الحرة.

واحتج بقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَربعةِ أَشْهرٍ﴾[2] من غير فصل بين الحرة والأمة، والكلام من حيث المعنى مبني على اختلاف أصل نذكره في حكم الإيلاء وهو أن مدة الإيلاء ضربت أجلاً للبينونة عندنا، فأشبه مدة العدة فيتنصف بالرق كمدة العدة، وعنده ضربت لإظهار ظلم الزوج بمنع حقها عن الجماع في المدة وهذا يوجب التسوية بين الأمة والحرة في المدة كأجل العنينَ ولا حجة له في الآية؛ لأنها تناولت الحرائر لا الإماء، لأنه سبحانه وتعالى ذكر عزم الطلاق ثم عقبه بقوله تعالى: ﴿والمُطلقاتُ يَتربَّصْنَ بأَنْفُسهنَّ ثلاثة قروء﴾[3] وهي عدة الحرائر، وسواء كان زوجها عبداً أو حراً فالعبرة لرق المرأة وحريتها لا لرق الرجل وحريته، لأن الإيلاء في حق أحد الحكمين طلاق فيعتبر فيه جانب النساء، ولو اعترض العتق على الرق بأن كانت مملوكة وقت الإيلاء ثم أعتقت تحولت مدتها مدة الحرائر بخلاف العدة فإنها إذا طلقت طلاقاً بائناً ثم أعتقت لا تنقلب عدتها عدة الحرائر، وفي الطلاق الرجعي تنقلب، والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لامرأته الحرة: والله لا أقربك أربعة أشهر إلا يوماً لا يكون مُولياً لنقصان المدة، ولو قال لها: والله لا أقربكِ شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول، لأنه جمعَ بين شهرين وشهرين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع/ فصار كأنه قال: والله لا أقربك أربعة [ب/٩٠/ج] أشهر.

ولو قال لها: والله لا أقربك شهرين فمكث يوماً ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين الأولين لم يكن مُولياً، لأنه إذا سكت يوماً فقد مضى يوم من غير حكم الإيلاء، لأن الشهرين ليسا بمدة الإيلاء في حق الحرة، فإذا قال وشهرين بعد هذين الشهرين فقد جمع الشهرين الأخريين إلى الأوليين بعدما

= الإيلاء والظهار عما كان عليه في الجاهلية من إيقاع الفرقة على الزوجة إلى ما استقر عليه حكمها في الشرع وبقي حكم الطلاق على ما كان عليه». انظر «سبل السلام» (٣/ ١١٠٥) حديث (١٠٢٥).

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢٧٧).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٦).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

مضي يوم من غير حكم الإيلاء فصار كأنه قال: والله لا أقربك أربعة أشهر إلا يوماً ولو قال ذلك لم يكن مُولياً لنقصان المدة كذا هذا.

ولو قال: والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مُولياً للحال في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: يكون مُولياً للحال حتى لو مضت السنة ولم يقربها فيها لا تبين ولو قربها يوماً لا كفارة عليه عندنا، وعنده: إذا مضت أربعة أشهر منذ قال هذه المقالة ولم يقربها فيها تبين، ولو قربها تلزمه الكفارة.

وجه قوله: أن اليوم المستثنى ينصرف إلى آخر السنة كما في الإجارة، فإنه لو قال: أجرتك هذه الدار سنة إلا يوماً انصرف اليوم إلى آخر السنة حتى صحت الإجارة كذا ههنا، وإذا انصرف إلى آخر السنة كانت مدة الإيلاء أربعة أشهر وزيادة فيصير مُولياً؛ ولأنه إذا انصرف إلى آخر السنة فلا يمكنه قربان امرأته في الأربعة أشهر من غير حنث يلزمه وهذا حد المولي.

ولنا: أن المستثنى يوم منكر فتعيين اليوم الآخر تغيير الحقيقة، ولا يجوز تغيير الحقيقة من غير ضرورة فبقي المستثنى يوماً شائعاً في السنة فكان له أن يجعل ذلك اليوم أي يوم شاء فلا تكمل المدة، ولأنه إذا استثنى يوماً شائعاً في الجملة فلم يمنع نفسه عن قربان امرأته بما يصلح مانعاً من القربان في المدة لأن له أن يعين يوماً للقربان أي يوم كان فيقربها فيه من غير حنث يلزمه فلم يكن مُولياً، وفي باب الإجارة مست الضرورة إلى تعيين الحقيقة لتصحيح الإجارة إذ لا صحة لها بدونه، لأن كون المدة معلومة في الإجارة شرط صحة الإجارة ولا تصير معلومة إلا بانصراف الاستثناء إلى اليوم الأخير، وههنا لا ضرورة لأن جهالة المدة لا تبطل اليمين، فإن قال ذلك ثم قربها يوماً ينظر إن كان قد بقي من السنة أربعة أشهر فصاعداً صار مُولياً لوجود كمال المدة ولوجود حد المولي، وإن بقي أقل من ذلك لم يصر مُولياً لنقصان المدة ولانعدام حد الإيلاء.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: والله لا أقربك سنة إلا مرة غير أن في قوله إلا يوماً إذا قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر فصاعداً لا يصير مُولياً ما لم تغرب الشمس من ذلك اليوم ويعتبر ابتداء المدة من وقت غروب الشمس من ذلك اليوم، لأن اليوم اسم لجميع هذا الوقت من أوله إلى آخره فلا ينتهي إلا بغروب الشمس، وفي قوله إلا مرة يصير مُولياً عقيب القربان بلا فصل، ويعتبر ابتداء المدة من وقت فراغه من القربان مرة، لأن المستثنى ههنا هو القربان مرة لا اليوم والمستثنى هناك هو اليوم لا المرة لذلك افترقا، ثم مدة أشهر الإيلاء تعتبر بالأهلة أم بالأيام فنقول: لا خلاف أن الإيلاء إذا وقع في غرة الشهر تعتبر المدة بالأهلة، وإذا وقع في بعض الشهر لم يذكر عن أبي حنيفة نص رواية.

وقال أبو يوسف: تعتبر بالأيام وذلك مائة وعشرون يوماً، وروي عن زفر: أنه يعتبر بقية الشهر بالأيام والشهر الثاني والثالث بالأهلة، وتكمل أيام الشهر الأول بالأيام من أول الشهر الرابع، ويحتمل أن يكون هذا على اختلافهم في عدة الطلاق والوفاة على ما نذكره هناك إن شاء الله تعالى.

والثاني: ترك الفيء في المدة، لأن الله تعالى جعل عزم الطلاق شرط وقوعه بقوله: ﴿فَإِنْ عَزَمُوا

الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[(١)] وكلمة إن للشرط وعزم الطلاق ترك الفيء في المدة.

والكلام في الفيء يقع في مواضع: في تفسير الفيء المذكور في الآية الكريمة أنه ما هو، وفي بيان شرط صحة الفيء، وفي بيان وقت الفيء أنه في المدة أو بعد انقضائها، أما الأول فالفيء عندنا على ضربين.

أحدهما: بالفعل وهو الجماع في الفرج حتى لو جامعها فيما دون الفرج أو قبلها بشهوة، أو لمسها لشهوة، أو نظر إلى فرجها عن شهوة لا يكون ذلك فيأ لأن حقها في الجماع في الفرج فصار ظالماً بمنعه فلا يندفع الظلم إلا به فلا يحصل الفيء وهو الرجوع عما عزم عليه عند القدرة إلا به بخلاف الرجعة أنها تثبت/ [أ/٩١/ج] بالجماع فيما دون الفرج وبالمس عن شهوة والنظر إلى الفرج عن شهوة، لأن البينونة هناك بعد انقضاء العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه، فلو لم تثبت الرجعة به لصار مرتكباً للحرام فجعل الإقدام عليه دلالة الرجعة تحرزاً عن الحرام وهذا المعنى لم يوجد ههنا، لأن البينونة بعد انقضاء المدة تثبت مقصورة على الحال فلو لم يجعل منه فيأ لم يصر مرتكباً للحرام لذلك فافترقا.

والثاني: بالقول والكلام فيه يقع في موضعين:

أحدهما: في صورة الفيء بالقول، والثاني في بيان شرط صحته، أما صورته فهي أن يقول لها: فئت إليك أو راجعتك وما أشبه ذلك.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة في صفة الفيء أن يقول الزوج اشهدوا أني قد فئت إلى امرأتي وأبطلت الإيلاء وليس هذا من أبي حنيفة شرط الشهادة على الفيء فإنه يصح بدون الشهادة وإنما ذكر الشهادة احتياطاً لباب الفروج لاحتمال أن يدعي الزوج الفيء إليها بعد مضي المدة فتكذبه المرأة فيحتاج إلى إقامة البينة عليه إلا أن تكون الشهادة شرطاً لصحة الفيء، وقد قال أصحابنا: إنه إذا اختلف الزوج والمرأة في الفيء مع بقاء المدة والزوج ادعى الفيء وأنكرت المرأة فالقول قول الزوج، لأن المدة إذا كانت باقية فالزوج يملك الفيء فيها، وقد ادعى الفيء في وقت يملك إنشاءه فيه فكان الظاهر شاهداً له فكان القول قوله، وإن اختلفا بعد مضي المدة فالقول قول المرأة، لأن الزوج يدعي الفيء في وقت لا يملك إنشاء الفيء فيه فكان الظاهر شاهداً عليه للمرأة فكان القول قولها.

وأما شرط صحته فلصحة الفيء بالقول شرائط ثلاثة: أحدها العجز عن الجماع فلا يصح مع القدرة على الجماع، لأن الأصل هو الفيء بالجماع لأن الظلم به يندفع حقيقة وإنما الفيء بالقول خلف عنه، ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الأصل كالتيمم مع الوضوء ونحو ذلك، ثم الشرط هو العجز عن الجماع حقيقة أو مطلق العجز إما حقيقة وإما حكماً، فجملة الكلام فيه أن العجز نوعان حقيقي وحكمي، أما الحقيقي فنحو أن يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً يتعذر معه الجماع أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها، أو رتقاء، أو يكون الزوج مجبوباً، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الإيلاء، أو تكون ناشزة محتجبة في مكان لا يعرفه، أو يكون محبوساً لا يقدر أن يدخلها، وفيؤه في هذا كله بالقول كذا ذكره القدوري في «شرحه مختصر الكرخي».

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٧).

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لو آلى من امرأته وهي محبوسة أو هو محبوس أو كان بينه وبين امرأته مسافة أقل من أربعة أشهر إلا أن العدو أو السلطان منعه عن ذلك فإن فَيأَهُ لا يكون إلا بالفعل.

ويمكن أن يوفق بين القولين في الحبس بأن يحمل ما ذكره القاضي على أن يقدر أحدهما على أن يصل إلى صاحبه في السجن، والوجه في المنع من العدو أو السلطان أن ذلك نادر وعلى شرف الزوال فكان ملحقاً بالعدم.

وأما الحكمي فمثل أن يكون محرماً وقت الإيلاء وبينه وبين الحج أربعة أشهر.

وإذا عرف هذا فنقول: لا خلاف في أنه إذا كان عاجزاً عن الجماع حقيقة أنه ينتقل الفيء بالجماع إلى الفيء بالقول، واختلف أصحابنا فيما إذا كان قادراً على الجماع حقيقة وعاجزاً عنه حكماً أنه هل يصح الفيء بالقول، قال أصحابنا الثلاثة: لا يصح، ولا يكون فيؤه إلا بالجماع، وقال زفر: يصح.

وجه قوله: أن العجز حكماً كالعجز حقيقة في أصول الشريعة كما في الخلوة فإنه يستوي المانع الحقيقي والشرعي في المنع من صحة الخلوة كذا هذا.

ولنا: أنه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالماً بالمنع فلا يندفع الظلم عنها إلا بإيفائها حَقّها بالجماع وحق العَبدِ لا يسقط لأجل حقِ اللَّهِ تَعالى في الجملة لِغنَا الله عز وجل وحاجة العبد.

والثاني: دوام العجز عن الجماع إلى أن تمضي المدة حتى لو قدر على الجماع في المدة بطل الفيء بالقول وانتقل إلى الفيء بالجماع حتى لو تركها ولم يقربها في المدة حتى مضت تبين لما ذكرنا أن الفيء باللسان بدل عن الفيء بالجماع ومن قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالمتيمم إذا قدر على الماء في الصلاة.

وكذا إذا آلى وهو صحيح، ثم مرض، فإن كان قدر مدة صحته ما يمكن فيه الجماع ففيؤه بالجماع، لأنه كان قادراً على الجماع في مدة الصحة، فإذا لم يجامعها مع القدرة عليه فقد فرط في إيفاء حقها فلا يعذر بالمرض الحادث، وإن كان لا يمكنه فيؤه بالجماع لقصره ففيؤه بالقول، لأنه إذا لم يقدر على الجماع فيه لم يكن مفرطاً في ترك الجماع فكان معذوراً، ولو آلى وهو مريض فلم يفيء باللسان/ [ب/٩١/ج] إليها حتى مضت المدة فبانت، ثم صح، ثم مرض فتزوجها وهو مريض ففاء إليها باللسان صح فيؤه في قول أبي يوسف حتى لو تمت أربعة أشهر من وقت التزوج لا تبين.

وقال محمد: لا يصح.

وجه قوله: أنه إذا صح في المدة الثانية فقد قدر على الجماع حقيقة فسقط اعتبار الفيء باللسان في تلك المدة، وإن كان لا يقدر على جماعها إلا بمعصية كما إذا كان محرماً ففاء بلسانه أنه لم يصح فيؤه باللسان لكونه قادراً على الجماع حقيقة، وإن كان لا يقدر عليه إلا بمعصية كذا هذا.

ولأبي يوسف: أن الصحة إنما تمنع الفيء باللسان للقدرة على إيفائها حقها في الجماع، ولا حق لها في حالة البينونة فلا تعتبر الصحة مانعة منه.

والثالث: قيام ملك النكاح وقت الفيء بالقول وهو: أن تكون المرأة في حال ما يفيء إليها زوجته غير بائنة منه، فإن كانت بائنة منه ففاء بلسانه لم يكن ذلك فيأ ويبقى الإيلاء، لأن الفيء بالقول حال قيام النكاح إنما يَرْفَعُ الإيلاء في حق حكم الطلاق لحصول إيفاء حقها به ولا حق لها حالة البينونة على ما نذكره ولا يعتبر الفيء وصار وجودها والعدم بمنزلة فيبقى الإيلاء، فإذا تزوجها ومضت المدة تبين منه بخلاف الفيء بالفعل وهو الجماع أنه يصح بعد زوال الملك وثبوت البينونة حتى لا يبقى الإيلاء بل يبطل، لأنه حنث بالوطء فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث ههنا فلا تنحل اليمين فلا يرتفع الإيلاء، ثم الفيء بالقول عندنا إنما يصح في حق حكم الطلاق حتى لا يقع الطلاق بمضي المدة إلا في حق الحنث، لأن اليمين في حق حكم الحنث باقية، لأنها لا تنحل إلا بالحنث، والحنث إنما يحصل بفعل المحلوف عليه، والقول ليس محلوفاً عليه فلا تنحل به اليمين، هذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا، وقال الشافعي[1]: لا فيء إلا بالجماع، وإليه مال الطحاوي ووجهه: أن الفيء بالحنث، ولا حنث باللسان فلا يحصل الفيء به، وهذا لأن الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان فلا يحصل الفيء إلا به.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي عن علي رضي الله عنه وابن مسعود، وابن عباس رضي الله عنهم أنّهم قَالوا: «الفيءُ عِنْدَ العجزِ بالقولِ» وكذا روي عن جماعة من التابعين مثل: مسروق والشعبي، وإبراهيم النخعي، وسعيد بن جبير، ولأن الفيء في اللغة هو: الرجوع يقال: فاء الظل أي رجع ومعنى الرجوع في الإيلاء هو أنه بالإيلاء عزم على منع حقها في الجماع وأكد العزم باليمين فبالفيء رجع عما عزم والرجوع كما يكون بالفعل يكون بالقول، وهذا لأن وقوع الطلاق لصيرورته ظالماً بمنع حقها، والظلم عند القدرة على الجماع بمنع حقها في الجماع فيكون إزالة الظلم بإيفاء حقها في الجماع فيكون إزالة هذا الظلم بذكر إيفاء حقها في الجماع أيضاً، وعند العجز عن الجماع يكون بإيذائه إياها منع حقها في الجماع ليكون إزالة هذا الظلم بقدر الظلم فيثبت الحكم على وفق العلة.

وأما وقت الفيء فالفيء عندنا في المدة.

وعند الشافعي[2]: بعد مضي المدة ونذكر المسألة في بيان حكم الإيلاء إن شاء الله تعالى.

وأما حرية المولى: فليس بشرط لصحة إيلائه بالله تعالى، ومما لا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لامرأته: والله لا أقربك، أو قال: إن قربتك فعلي صوم أو حج أو عمرة أو امرأتي طالق يصح إيلاؤه حتى لو لم يقربها تبين منه في المدة، ولو قربها ففي اليمين بالله تعالى تلزمه بالكفارة بالصوم وفي غيرها يلزمه الجزاء المذكور ولأنّ العبد أهل لذلك، وإن كان يحلف بما يتعلق بالمال بأن قال إن قربتك فعليَّ عتق رقبة أو علي أن أتصدق بكذا لا يصح، لأنه ليس من أهل ملك المال.

وأما إسلام المولى فهل هو شرط لصحة الإيلاء؟.

فنقول: لا خلاف في أن الذمي إذا آلى من امرأته بالطلاق أو العتاق أنه يصح إيلاؤه، لأن الكافر من

---

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢٧١) و «المنهاج» صفحة (١١٢).
(٢) المصدر السابق.

أهل الطلاق والعتاق، ولا خلاف أيضاً في أنه إذا آلى بشيء من القرب كالصوم والصدقة والحج والعمرة بأن قال لامرأته: إن قربتك فعلي صوم، أو صدقة، أو حجة، أو عمرة أو غير ذلك من القرب لا يكون مُولياً لأنه ليس من أهل القربة فيمكنه قربان امرأته من غير شيء يلزمه فلم يكن مُولياً.

وكذا إذا قال لامرأته: إن قربتك فأنت علي كظهر أمي أو فلانة علي كظهر أمي لم يكن مولياً، لأن الكفر يمنع صحة الظهار عندنا؛ وإذا لم يصح يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه فلا يكون مُولياً، واختلف فيما إذا آلى بالله تعالى فقال: والله لا أقربك تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث عند أبي حنيفة يكون مُولياً وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون مُولياً.

[أ/٩٢/ج] وجه قولهما: أن اليمين بالله تعالى/ لا تنعقد من الذمي كما في غير الإيلاء، والجامع بينهما أن اليمين بالله تعالى تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث والكافر ليس من أهل الكفارة.

ولأبي حنيفة: عموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[1] من غير تخصيص المسلم، ولأن الإيلاء بالله يمين يمنع القربان خوفاً من هتك حرمة اسم الله عز وجل والذمي يعتقد حرمة اسم الله تعالى، ولهذا يستحلف على الدعاوي كالمسلم، ويتعلق حل الذبيحة بتسميته كما يتعلق بتسمية المسلم فإنه إذا ذكر اسم الله عليها أكلت وإن ترك التسمية لم تؤكل فيصح إيلاؤه كما يصح إيلاء المسلم، وإذا صح إيلاؤه بالله تعالى تثبت أحكام الإيلاء في حقه كما تثبت في حق المسلم إلا أنه لا يظهر في حق حكم الحنث وهو الكفارة، لأن الكفارة عبادة وهو ليس من أهل العبادة فيظهر في حق حكم البر وهو الطلاق، لأنه من أهله، ولو آلى مسلم أو ظاهر من امرأته ثم ارتد عن الإسلام ولحق بدار الحرب ثم رجع مسلماً وتزوجها فهو مولٍ ومظاهر في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يسقط عنه الإيلاء والظهار.

وجه قوله: أن الكفر يمنع صحة الإيلاء والظهار ابتداء فيمنع بقاءهما على الصحة، لأن حكم الإيلاء وجوب الكفارة على تقدير الحنث وحكم الظهار حرمة مؤقتة إلى غاية التكفير والكافر ليس من أهل وجوب الكفارة.

ولأبي حنيفة أن الكفر لما لم يمنع انعقاد الإيلاء لما بينا فلأن لا يمنع بقاءه أولى، لأن البقاء أسهل، ولأن الإيلاء قد انعقد لوجوده من المسلم والعارض هو الردة وأثرها في زوال ملك النكاح وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين فتبقى اليمين، فإذا عاد يعود حكم الإيلاء، ولأن كل عارض على أصل يلتحق بالعدم من الأصل إذا ارتفع ويجعل كأن لم يكن، ولأن الإيلاء انعقد بيقين والعارض وهو الردة يحتمل الزوال، والتصرف الشرعي إذا انعقد بيقين لاحتمال الفائدة في البقاء واحتمال الفائدة ههنا ثابت، لأن رجاء الإسلام قائم والظهار قد انعقد موجباً حكمة وهو الحرمة المؤقتة لصدوره من المسلم، وبالردة زالت صفة الحكم وبقي الأصل وهو الحرمة إذ الكافر من أهل ثبوت الحرمة وبقائها في حقه، لأن حكم الحرمة وجوب الامتناع

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٦).

وهو قادر على الامتناع بخلاف القربة، ولهذا خوطب بالحرمات دون القربات والطاعات على ما عرف في أصول الفقه والله الموفق.

فصل: وأما حكم الإيلاء فنقول وبالله التوفيق: إنه يتعلق بالإيلاء حكمان حكم الحنث وحكم البر، أما حكم الحنث فيختلف باختلاف المحلوف به، فإن كان الحلف بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين كسائر الأيمان بالله، وإن كان الحلف بالشرط والجزاء فلزوم المحلوف به كسائر الأيمان بالشروط والأجزية أو لزوم حكمه على تقدير وجوده على ما بينا.

وأما حكم البر فالكلام فيه في مواضع: في بيان أصل الحكم، وفي بيان وصفه، وفي بيان وقته، وفي بيان قدره، أما أصل الحكم فهو وقوع الطلاق بعد مضي المدة من غير فيء، لأنه بالإيلاء عزم على منع نفسه من إيفاء حقها في الجماع في المدة وأكد العزم باليمين، فإذا مضت المدة ولم يفئ إليها مع القدرة على الفيء فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتأكد الظلم في حقها فتبين منه عقوبة عليه جزاء على ظلمة ومرحمة عليها ونظراً لها بتخليصها عن حباله لتتوصل إلى إيفاء حقها من زوج آخر وهذا عندنا.

وقال الشافعي[1]: حكم الإيلاء في حق البر هو الوقف وهو أن يوقف الزوج بعد مضي المدة فيخير بين الفيء إليها بالجماع وبين تطليقها، فإن أبى أجبره الحاكم على أحدهما فإن لم يفعل طلق عليه القاضي فاشتملت معرفة هذا الحكم على معرفة مسألتين مختلفتين:

إحداهما: أنه لا يوقف المولي بعد انقضاء المدة عندنا بل يقع الطلاق عقب انقضائها بلا فصل وعنده يوقف ويخير بين الفيء والتطليق على ما بينا.

والثانية: أن الفيء يجب أن يكون في المدة عندنا، وعنده بعد مضي المدة، والمسألتان مختلفتان بين الصحابة رضي الله عنهم.

احتج الشافعي بقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾[2] خير سبحانه وتعالى المولي بين الفيء وبين العزم على الطلاق بعد أربعة أشهر فدل أن حكم الإيلاء في حق البر هو تخيير الزوج بين الفيء والطلاق بعد المدة لا وقوع الطلاق عند مضي المدة، وإن وقت الفيء بعد المدة لا في المدة ولأنه/ قال عز وجل: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ أي سميع [ب/٩٢/ج] للطلاق فلا بد وأن يكون الطلاق مسموعاً وذلك بوجود صوت الطلاق إذ غير الصوت لا يحتمل السماع، ولو وقع الطلاق بنفس مضي المدة من غير قول وجد من الزوج أو من القاضي لم يتحقق صوت الطلاق فلا ينعقد سماعه، ولأن الإيلاء يمين يمنع من الجماع أربعة أشهر، لأن اللفظ يدل عليه فقط لا على الطلاق فالقول بوقوع الطلاق بمضي المدة قول بالوقوع من غير إيقاع وهذا لا يجوز.

ولنا: أن الله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر، والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها وهي مدة اختيار الفيء أو الطلاق من يوم أو ساعة فلا تجوز الزيادة إلا بدليل، ولهذا لما جعل الشرع لسائر

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢٧١).

(٢) سورة البقرة، الآيتان: (٢٢٦، ٢٢٧).

المدة التي بين الزوجين مقداراً معلوماً من المدة، ومدة العنين لم تحتمل الزيادة على ذلك القدر فكذا مدة الطلاق، ولأن الفيء نقض اليمين ونقضها حرام في الأصل، قال الله تعالى: ﴿ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً﴾[١] إلا أنه ثبت الإطلاق في المدة بقراءة عبد الله بن مسعود وأبي بن كعب رضي الله عنهما فإن فاؤا فيهن فبقي النقض حراماً فيما وراءها فلا يحل الفيء فيما وراءها فلزم القول بالفيء في المدة وبوقوع الطلاق بعد مضيها، ولأن الإيلاء كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فجعله الشرع طلاقاً مؤجلاً، والطلاق المؤجل يقع بنفس انقضاء الأجل من غير إيقاع أحد بعده كما إذا قال لها: أنت طالق رأس الشهر.

وأما قوله إن الله تعالى ذكر الفيء بعد الأربعة أشهر فنعم لكن هذا لا يوجب أن يكون الفيء بعد مضيها، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾[٢] ذكر تعالى الإمساك بمعروف بعد بلوغ الأجل وأنه لا يوجب الإمساك بعد مضي الأجل وهو العدة، بل يوجب الإمساك وهو الرجعة في العدة والبينونة بعد انقضائها كذا ههنا.

وأما قوله تعالى: ﴿وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾[٣] فقد قال قوم من أهل التأويل إن المراد من قوله: ﴿سميع﴾ في هذا الموضع، أي سميع بإيلائه والإيلاء مما ينطق به ويقال فيكون مسموعاً، وقوله تعالى: ﴿عليم﴾ ينصرف إلى العزم أي عليم بعزمه الطلاق وهو ترك الفيء، ودليل صحة هذا التأويل أنه تعالى ذكر قوله ﴿سميع عليم﴾ عقيب أمرين، أحدهما: يحتمل السماع وهو الإيلاء، والآخر لا يحتمل وهو عزم الطلاق فينصرف كل لفظ إلى ما يليق به ليفيد فائدته وهي كقوله تعالى: لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله عقيب ذكر الليل والنهار بقوله: ﴿ومن رحمته جعل لكم الليل لتسكنوا فيه والنهار مبصراً﴾ إنه صرف إلى كل ما يليق به ليفيد فائدته وهو السكون إلى الليل وابتغاء الفضل إلى النهار كذا ههنا. ولأنه تعالى ذكر أنه سميع عليم، وكل مسموع معلوم وليس كل معلوم مسموعاً، لأن السماع لا يكون إلاى للصوت، فلو كان الطلاق في الإيلاء بالقول لكان مسموعاً والإيلاء مسموع أيضاً فوقعت الكفاية بذكر السميع فلا يتعلق بذكر العليم فائدة مبتدأة، ولو كان الأمر على ما قلنا: إن الطلاق يقع عند مضي المدة من غير قول يسمع لانصرف ذكر العليم إليه لأن ذلك ليس بمسموع حتى يغني ذكر السميع عن ذكر العليم فيتعلق بذكر العليم فائدة جديدة فكان ما قلناه أولى، مع ما أنا لا نسلم أن سماع الطلاق يقف على ذكر الطلاق بحروفه. ألا ترى أن كنايات الطلاق طلاق وهي مسموعة وإن لم يكن الطلاق مسموعاً مذكوراً بحروفه.

وكذا طلاق الأخرس فلم يكن من ضرورة كون الإيلاء طلاقاً التلفظ بلفظ الطلاق، فلا يقف سماع صوت الطلاق عليه.

---

(١) سورة النحل، الآية: (٩١).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٧).

وقوله: لفظ الإيلاء لا يدل على الطلاق ممنوع بل يدل عليه شرعاً فإن الشرع جعل الإيلاء طلاقاً معلقاً بشرط البر فيصير الزوج بالإصرار على موجب هذه اليمين معلقاً طلاقاً بائناً بترك القربان أربعة أشهر كأنه قال: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن. عرفنا ذلك بإشارة النص وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1] سمى ترك الفيء في المدة عزم الطلاق، وأخبر سبحانه وتعالى أنه سميع للإيلاء، فدل أن الإيلاء السابق يصير طلاقاً عند مضي المدة من غير فيء وبما ذكرنا من المعنى المعقول.

وأما صفته: فقد قال أصحابنا: إن الواقع بعد مضي المدة من غير فيء طلاق بائن. وقال الشافعي[2]: إذا خير بعد انقضاء العدة فاختار الطلاق فهي واحدة رجعية بناء على أصله أن الطلاق بعد مضي المدة يقع بإيقاع مبتدأ، وهو صريح الطلاق فيكون/ رجعياً. [أ/٩٣/ج]

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي عن عثمان، وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم قالوا: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة، ولأن الطلاق إنما يقع عند مضي المدة دفعاً للظلم فلا يندفع الظلم عنها إلا بالبائن لتتخلص عنه فتتمكن من استيفاء حقها من زوج آخر ولا يتخلص إلا بالبائن، ولأن القول بوقوع الطلاق الرجعي يؤدي إلى العبث لأن الزوج إذا أبى الفيء والتطليق يقدم إلى الحاكم ليطلق عليه الحاكم عنده ثم إذا طلق عليه الحاكم يراجعها الزوج، فيخرج فعل الحاكم مخرج العبث، وهذا لا يجوز.

وأما قدره: وهو قدر الواقع من الطلاق في الإيلاء فالأصل أن الطلاق في الإيلاء يتبع المدة لا اليمين فيتحد باتحاد المدة، ويتعدد بتعددها في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يتبع اليمين فيتعدد بتعدد اليمين ويتحد باتحادها، ولا خلاف في أن المعتبر في حق حكم الحنث هو اليمين، فينظر إلى اليمين في الاتحاد والتعدد لا إلى المدة.

وجه قول زفر: أن وقوع الطلاق ولزوم الكفارة حكم الإيلاء، والإيلاء يمين فيدور الحكم مع اليمين فيتحد باتحادها، ويتعدد بتعددها لأن الحكم يتكرر بتكرر السبب ويتحد باتحاده.

ولنا: أن الإيلاء إنما اعتبر طلاقاً من الزوج لمنعه حقها في الجماع في المدة منعاً مؤكداً باليمين إذ به يصير ظالماً، والمنع يتحد باتحاد المدة فيتحد الظلم فيتحد الطلاق، ويتعدد بتعددها فيتعدد الظلم فيتعدد الطلاق، فأما الكفارة فإنها تجب لهتك حرمة اسم الله عز وجل، والهتكُ يتعدد بتعدد الاسم، ويتحد باتحاده، وعلى هذا الأصل مسائل: إذا قال لامرأته مرة واحدة: والله لا أقربك فلم يقربها حتى مضت المدة بانت بتطليقة واحدة، وإن قربها لزمه كفارة واحدة لاتحاد المدة واليمين جميعاً.

ولو قال لها في مجلس واحد: والله لا أقربكِ والله لا أقربكِ والله لا أقربكِ فإن عنى به التكرار فهو إيلاء واحد في حق حكم الحنث والبر جميعاً، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت بتطليقة واحدة،

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٧).
(٢) انظر «الأم» (٥/ ٢٧٢).

ولو قربها في المدة لا يلزمه إلا كفارة واحدة، لأن مثل هذا يذكر للتكرار في العرف والعادة فإذا نوى به تكرار الأول فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء واحد في حق حكم البر في قول أصحابنا الثلاثة، وثلاث في حق حكم الحنث بالإجماع، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت بتطليقة واحدة في قول أصحابنا الثلاثة، ولو قربها في المدة فعليه ثلاث كفارات بالإجماع، وعند زفر: هو ثلاث إيلاآت في حق حكم الحنث والبرّ جميعاً، وينعقد كل إيلاء من حين وجوده فإذا مضت أربعة أشهر ولم يفيء إليها بانت بتطليقة، ثم إذا مضت ساعة بانت بتطليقة أخرى، ثم إذا مضت ساعة أخرى بانت بتطليقة واحدة أخرى وإن قربها في المدة فعليه ثلاث كفارات.

وأصل هذه المسألة: أن من قال لامرأته: إذا جاء غد فوالله لا أقربك قاله ثلاثاً فجاء غد يصير مولياً في حق حكم البرّ إيلاء واحداً عندنا، وعنده يصير مولياً ثلاث إيلاآت في حق حكم الحنث، وإن أراد به التغليظ والتشديد فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إيلاء واحد في حق حكم البر استحساناً.

وعند محمد وزفر: هو ثلاث في حق البرّ والحنث جميعاً وهو القياس.

أما زفر فقد مر على أصله أن الحكم لليمين لا للمدة، لأن اليمين هي السبب الموجب للحكم وقد تعددت فيتعدد السبب بتعدد الحكم.

وأما وجه القياس لمحمد: أن المدة قد اختلفت لأن كل واحدة من هذه الأيمان وجدت في زمان فكانت مدة كل واحدة منهما غير مدة الأخرى، فصار كما لو آلى منها ثلاث مرات في ثلاث مجالس.

وجه الاستحسان: أن المدد وإن تعددت حقيقة فهي متحدة حكماً لتعذر ضبط الوقت الذي بين اليمينين عند مضي أربعة أشهر فصارت مدة الأيمان كلها مدة واحدة حكماً، والثابت حكماً ملحق بالثابت حقيقة.

ولو قال: إذا جاء غد فوالله لا أقربك، وإذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك يصير مولياً إيلاءين في حق الحنث والبر جميعاً إذا جاء غد يصير مولياً وإذا جاء بعد غد يصير مولياً إيلاءً آخر، وكذلك إذا آلى منها في مجلس، ثم آلى منها في مجلس آخر بأن قال: والله لا أقربك فمكث يوماً، ثم قال: والله لا أقربك يصير مولياً إيلاءين. أحدهما في الحال، والآخر في الغد في حق الحنث والبرّ جميعاً لأن المدد قد تعددت حقيقة وحكماً لاختلاف ابتداء كل مدة وانتهائها وإمكان ضبط الوقت الذي/ بين اليمينين. [ب/٩٣/ج]

ولو قال: كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك، أو قال والله إن دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك، أو قال: والله لا أقربك كلما دخلت هذه الدار يصير مولياً إيلاءين في حق البرّ وإيلاء واحداً في حق الحنث فإذا دخلت الدار دخلتين ينعقد الإيلاء الأول عند الدخلة الأولى، والثاني عند الدخلة الثانية حتى لو مضت أربعة أشهر من وقت الدخلة الأولى بانت بتطليقة، وإذا تمت أربعة أشهر من وقت الدخلة الثانية بانت بتطليقة أخرى، ولو قربها بعد الدخلتين لا يلزمه إلا كفارة واحدة لتعدد المدة واتحاد اليمين في حكم الحنث.

والأصل فيه: أن اليمين بالله تعالى متى علقت بشرط متكرر لا يتكرر انعقادها بتكرر الشرط واليمين بما هو شرط وجزاء إذا علقت بشرط متكرر تتكرر بتكرار الشرط، وقوله: والله لا أقربك يمين بالله تعالى في حق

الحنث ويمين بالطلاق في حق البر، ودليل هذا الأصل، وبيان فروعه يعرف في «الجامع الكبير» وكذلك إذا قال: كلما دخلت واحدة من هاتين الدارين فوالله لا أقربك، أو قال: كلما كلمت واحداً من هذين الرجلين فوالله لا أقربك فدخل إحداهما أو كلم أحدهما صار مولياً، وإذا دخل مرة أخرى أو كلمه أخرى صار مولياً إيلاء آخر في حق حكم البر وهو إيلاء واحد في حق حكم الحنث والله تعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يبطل به الإيلاء فما يبطل به الإيلاء نوعان: نوع يبطل به أصلاً في حق الحكمين جميعاً وهو البر والحنث، ونوع يبطل به في حق أحد الحكمين وهو حكم البر ويبقى في حق الحكم الآخر وهو حكم الحنث، أما الذي يبطل به الإيلاء في حق الحكمين جميعاً فشيء واحد وهو الفيء بالجماع في الفرج في المدة لأنه يحنث به واليمين لا يبقى بعد الحنث، لأن حنث اليمين نقضها والشيء لا يبقى مع وجود ما ينقضه، وأما ما يبطل به في حق حكم البر دون الحنث فشيئان:

أحدهما: الفيء بالقول عند استجماع شرائطه التي وصفناها فيبطل به الإيلاء في حق حكم البر حتى لا تبين بمضي المدة لما ذكرنا أن ترك الفيء في المدة شرط وقوع الطلاق بعد مضيها إذ هو عزيمة الطلاق وأنها شرط بالنص لكنه يبقى في حق حكم الحنث حتى لو فاء إليها بالقول في المدة، ثم قدر على الجماع بعد المدة فجامعها تلزمه الكفارة، لأن وجوب الكفارة معلق بالحنث، والحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو الجماع في الفرج فلا يحصل الحنث بدونه.

والثاني: الطلقات الثلاث حتى لو وقع عليها ثلاث تطليقات بالإيلاء أو طلقها ثلاثاً عقيب الإيلاء فتزوجت ثم عادت إليه فمضت أربعة أشهر لم يطأها فيها لا يقع عليها شيء عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: لا يبطل بها الإيلاء ويقع عليها الطلاق بالإيلاء أبداً، بناء على أن استيفاء طلاق الملك القائم للحال يبطل اليمين عندنا وعنده: لا يبطلها، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم.

ولو آلى منها ولم يفئ إليها حتى مضت أربعة أشهر فبانت منه بتطليقة وانقضت عدتها فتزوجت زوجاً آخر، ثم عادت إلى الأول عاد حكم الإيلاء بالإجماع، لكن عند أبي حنيفة وأبي يوسف بثلاث تطليقات.

وعند محمد: بما بقي بناء على أن الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين عندهما، وعنده لا يهدم والمسألة قد مرت، ولا يبطل بالإبانة حتى لو آلى منها، ثم أبانها قبل مضي المدة، ثم تزوجها فمضت المدة من غير فيء تبين بتطليقة أخرى بالإيلاء السابق، ولو أبانها ولم يتزوجها حتى مضت المدة وهي في العدة يقع عليها تطليقة أخرى عندنا.

وعند زفر: لا يقع وقد مرت المسألة.

وهل يبطل بمضي المدة من غير فيء؟ فإن كان الإيلاء مطلقاً أو مؤبداً بأن قال: والله لا أقربك أبداً، أو قال: والله لا أقربك، ولم يذكر الوقت فمضت أربعة أشهر من غير فيء حتى بانت بتطليقة لا يبطل الإيلاء حتى لو تزوجها فمضت أربعة أشهر أخرى منذ تزوج يقع عليها تطليقة أخرى، لأن اليمين عقدت مطلقة أو مؤبدة، والعارض ليس إلا البينونة وأثرها في زوال الملك، وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين بالطلاق لما

عرف أن اليمين إذا انعقدت تبقى لاحتمال الفائدة واحتمال الفائدة ثابت لاحتمال التزوج فيبقى اليمين إلا أنه لا بد من الملك لانعقاد المدة الثانية، فإذا تزوجها عاد الملك فعاد حقها في الجماع، فإذا مضت المدة الثانية من غير فيء إليها فقد منعها حقها فقد ظلمها فيقع تطليقة أخرى جزاء على ظلمه.

وكذا إذا تزوجها بعد ما بانت بتطليقة ثانية، ومضت أربعة أشهر أخرى منذ تزوجها تبين بثالثة لما قلنا، /[أ/٩٤/ج] فإن تزوجت بزوج آخر، ثم تزوجها الأول فمضت أربعة أشهر لم يقربها فيها لا يقع عليها شيء عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر، ولو آلى منها مطلقاً أو أبداً فمضت أربعة أشهر ولم يفيء إليها حتى بانت، ثم لم يتزوجها حتى مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة لا يقع عليها تطليقة أخرى لأن اليمين قد بطلت بل هي باقية لما بينا إلا أنها مبانة لا تستحق الوطء على الزوج فلا يصير الزوج بالامتناع عن قربانها في المدة ظالماً ووقوع الطلاق كان لهذا المعنى ولم يوجد فلا يقع لكن تبقى اليمين، حتى لو تزوجها ومضت المدة من غير فيء يقع.

والأصل: أن المدة المنعقدة لا تبطل بالبينونة، وإن كانت لا تنعقد على المبانة على طريق الاستئناف، ولو قربها قبل أن يتزوجها فعليه الكفارة، لأن اليمين باقية وقد وجد شرط الحنث فيحنث.

ولو كان الإيلاء مؤقتاً إلى وقت معلوم أربعة أشهر أو أكثر فمضت المدة من غير فيء حتى وقع الطلاق لا يبقى الإيلاء وينتهي، حتى لو قربها لا كفارة عليه، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر لا يقع عليها شيء لأن المؤقت إلى وقت ينتهي عند وجود الوقت.

ولو حلف على قربان امرأته بعتق عبد له، ثم باعه سقط الإيلاء لأنه صار بحال لا يلزمه شيء بقربانها، ثم إذا دخل في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد حكم الإيلاء، حتى لو تركها أربعة أشهر لم يقربها فيها تبين، لأن الجزاء لا تتقيد بالملك القائم للحال، كمن قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرّ فباعه ثم اشتراه فدخل الدار أنه يعتق. ولو دخل في ملكه بعد القربان لا يعود الإيلاء لبطلانه بالقربان، وكذا إذا مات العبد بطل الإيلاء، لأن الجزاء صار بحال لا يتصور وجوده فبطلت اليمين.

ولو قال: إن قربتك فعبدي هذان حران فمات أحدهما أو باع أحدهما لا يبطل الإيلاء لأنه يلزمه بالقربان عتق، ولو ماتا جميعاً بطل الإيلاء، وكذا لو باعهما جميعاً معاً أو على التعاقب، ولو باعهما، ثم دخل أحدهما في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد الإيلاء فيه، ثم إذا دخل الآخر في ملكه عاد الإيلاء فيه من وقت دخول الأول، لأن العائد عين الأول، ولو قال لامرأته: أنت طالق قبل أن أقربك بشهر فقربها قبل تمام الشهر من وقت اليمين بطلت اليمين ولو لم يقربها حتى مضى شهر يصير مولياً، لأن معنى هذا الكلام إذا مضى شهر لم أقربك فيه فأنت طالق إن قربتك. ولو قال ذلك ومضى شهر لم يقربها فيه لصار مولياً لما ذكرنا أن قوله: أنت طالق إن قربتك إيلاء، ألا ترى أنه لا يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وهو الطلاق، وهذا حد المولي، فإذا صار مولياً فإن قربها بعد ذلك وقع الطلاق، لأنه علق الطلاق بالقربان، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة لأن هذا حكم الإيلاء في حق البرّ.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً قبل أن أقربك ولم يقل بشهر لا يصير مولياً ويقع الطلاق من ساعته لأنه أوقع

الطلاق في وقت هو قبل القربان، وكما فرغ من كلامه فقد وجد هذا الوقت فيقع. ولو قال: قبل أن أقربك يصير مولياً، لأن قبل الشيء اسم لزمان متقدم عليه مطلقاً، وكما فرغ من هذه المقالة فقد وجد زمان متقدم عليه متصل به، فما لم يوجد القربان لا يعرف هذا الزمان، فكان هذا تعليق الطلاق بالقربان، كأنه قال: إن قربتك فأنت طالق، فإن قربها وقع الطلاق بعد القربان بلا فصل، فإن تركها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء كما لو نص على التعليق بالقربان، والله الموفق.

فصل: وأما بيان حكم الطلاق فحكم الطلاق يختلف باختلاف الطلاق من الرجعي والبائن ويتعلق بكل واحد منهما أحكام بعضها أصلي، وبعضها من التوابع.

أما الطلاق الرجعي فالحكم الأصلي له هو نقصان العدد، فأما زوال الملك وحل الوطء فليس بحكم أصلي له لازم حتى لا يثبت للحال وإنما يثبت في الثاني بعد انقضاء العدة، فإن طلقها ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانت. وهذا عندنا، وعند الشافعي[1]: زوال حل الوطء من أحكامه الأصلية حتى لا يحل له وطؤها قبل الرجعة، وإليه مال أبو عبد الله البصري.

وأما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا، قال بعضهم: الملك يزول في حق حل الوطء لا غير.

وقال بعضهم: لا يزول أصلاً، وإنما يحرم وطؤها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء في حالة الحيض والنفاس.

وجه قوله: أن الطلاق واقع للحال فلا بد وأن يكون لـه أثر ناجز وهو زوال حل الوطء وزوال/ الملك [ب/٩٤/ج] في حق الحل، وقد ظهر أثر الزوال في الأحكام حتى لا يحل له المسافرة بها والخلوة ويزول قسمها، والأقراء قبل الرجعة محسوبة من العدة، ولهذا سمى الله تعالى الرجعة رداً في كتابه الكريم بقوله عز وجل: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ﴾ أي أزواجهن ﴿أحق بردهنَّ فِي ذَلِكَ﴾[2] والرد في اللغة عبارة عن إعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ﴾ أي أزواجهن، وقوله تعالى: هن كناية عن المطلقات، سماه الله تعالى زوجها بعد الطلاق، ولا يكون زوجاً إلا بعد قيام الزوجية فدل أن الزوجية قائمة بعد الطلاق والله سبحانه وتعالى أحل للرجل وطء زوجته بقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفروجهم حَافِظُونَ إلا عَلَى أَزْواجِهِمْ أَو مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهم غَير مَلومينَ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿نِساؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ وقوله عز وجل: ﴿هُو الذي خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أزواجاً لِتَسكُنُوا إليها﴾[4] ونحو ذلك من النصوص، والدليل على قيام الملك من كل وجه أنه يصح طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويجري اللعان بينهما ويتوارثان ـ وهذه أحكام الملك المطلق ـ وكذا يملك مراجعتها بغير رضاها، ولو كان ملك

---

(١) انظر «المنهاج» صفحة (١١١).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).
(٤) سورة الروم، الآية: (٢١).

النكاح زائلاً من وجه لكانت الرجعة إنشاء النكاح على الحرة من غير رضاها من وجه، وهذا لا يجوز.

وأما قوله: الطلاق واقع في الحال فمسلم لكن التصرف الشرعي قد يظهر أثره للحال وقد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار وكالتصرف الحسي وهو الرمي وغير ذلك فجاز أن يظهر أثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة وهو زوال الملك وحرمة الوطء، على أن له أثراً ناجزاً وهو نقصان عدد الطلاق ونقصان حل المحلية وغير ذلك على ما عرف في الخلافيات.

أما المسافرة بها فقد قال زفر من أصحابنا: إنه يحل له المسافرة بها قبل الرجعة، وأما على قول أصحابنا الثلاثة فإنما لا تحل لا لزوال الملك بل لكونها معتدة، وقد قال الله تعالى في المعتدات: ﴿وَلا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بيوتهنَّ ولا يَخْرُجْنَ إلا أَنْ يأتينَ بِفَاحِشَةٍ مبينةٍ﴾[1] نهى الرجال عن الإخراج والنساء عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة لتزول الحرمة ثم يسافر.

وأما الخلوة فإن كان من قصده الرجعة لا يكره، وإن لم يكن من قصده المراجعة يكره، لكن لا لزوال النكاح وارتفاع الحل بل للإضرار بها، لأنه إذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فمتى خلا بها يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجعاً لها، ثم يطلقها ثانياً فيؤدي إلى تطويل العدة عليها فتتضرر بذلك، وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعتَدُوا﴾[2] وكذلك القسم لأنه لو ثبت القسم لخلا بها فيؤدي إلى ما ذكرنا إذا لم يكن من قصده أن يراجعها حتى لو كان من قصده أن يراجعها لكان لها القسم وله الخلوة بها، وإنما احتسبنا الأقراء من العدة لانعقاد الطلاق سبباً لزوال الملك والحل للحال على وجه يتم عليه عند انقضاء العدة، وهو الجواب عن قوله إن الله تعالى سمى الرجعة رداً لأنه يجوز إطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما في البيع بشرط خيار المتعاقدين أنه يطلق اسم الرد عند إختيار الفسخ.

وإن لم يزل الملك عن البائع ولم يثبت للمشتري لانعقاد سبب الزوال بدون الزوال، ويكون الرد فسخاً للسبب ومنعاً له عن العمل في إثبات الزوال. كذا ههنا.

ويستحب لها أن تتشوف وتتزين لأن الزوجية قائمة من كل وجه، ويستحب لها ذلك لعل زوجها يراجعها، وعلى هذا يُبْنَى حق الرجعة أنه ثابت للزوج بالإجماع سواء كان الطلاق واحداً أو اثنين، أما عندنا فلقيام الملك من كل وجه، وأما عنده: فلقيامه فيما وراء حل الوطء.

ثم الكلام في الرجعة في مواضع: في بيان شرعية الرجعة، وفي بيان ماهيتها، وفي بيان ركنها، وفي بيان شرائط جواز الركن.

أما الأول: فالرجعة مشروعة، عرفت شرعيتها بالكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول، أما الكتاب العزيز فقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أحق بِرَدِّهِنَّ﴾[3] أي رجعتهن وقوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقتُم النِّساءَ فبلغنَ أجلهنَّ

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾[(١)] وقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[(٢)] والإمساك بالمعروف هو الرجعة.

وأما السنة فما روينا عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حالة الحيض قال رسول الله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «مُرْ ابنكَ يُراجِعهَا»[(٣)] الحديث.

وروي أن رسول الله ﷺ لما طلق حفصة رضي الله عنها جاءه جبريل ﷺ فقال له: «راجع حفصة/ فإنها [أ/٩٥/ج] صوامة قوامة فراجعها»[(٤)] وكذا روي «أنه ﷺ طلق سودة بنت زمعة رضي الله عنها ثم راجعها»[(٥)] وعليه الإجماع.

وأما المعقول فلأن الحاجة تمس إلى الرجعة لأن الإنسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك على ما أشار الرب سبحانه وتعالى جل جلاله بقوله: ﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا﴾[(٦)] فيحتاج إلى التدارك، فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك لما عسى لا توافقه المرأة في تجديد النكاح، ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا.

وأما بيان ماهية الرجعة فالرجعة عندنا استدامة الملك القائم، ومنعه من الزوال، وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك.

وعند الشافعي[(٧)]: هي استدامة من وجه وإنشاء من وجه بناءً على أن الملك عنده قائم من وجه زائل من وجه وهو عندنا قائم من كل وجه، وعلى هذا ينبني أن الشهادة ليست بشرط لجواز الرجعة عندنا، وعنده شرط.

وجه البناء: أن الشهادة شرط ابتداء العقد وإنشائه لا شرط البقاء والرجعة استيفاء العقد عندنا فلا يشترط له الشهادة، وعنده هي استيفاء من وجه وإنشاء من وجه، فيشترط لها الشهادة من حيث هي إنشاء لا من حيث هي استيفاء، فصح البناء.

ثم الكلام فيه على وجه الابتداء. احتج الشافعي بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[(٨)] فظاهر الأمر وجوب العمل فيقتضي وجوب الشهادة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٨/ ٦٥٣) في التفسير، باب سورة الطلاق برقم (٤٩٠٨).
ومسلم في «صحيحه» في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض برقم (١٤٧١) عن ابن عمر رضي الله عنه.

(٤) أخرجه بهذا اللفظ الحاكم في «المستدرك» (٤/ ١٥) و «الطبراني» (١٨/ ٩٣٤) من طريقين عن حماد بن سلمة، أنبأنا أبو عمران الجوني، عن قيس بن زيد أن النبي ﷺ: «طلق حفصة» فذكره. ورجاله ثقات غير قيس بن زيد، فإنه تابعي صغير مجهول وبعضه عند ابن حبان في «صحيحه» برقم (٤٢٧٥) وعند أصحاب السنن بسند صحيح.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) سورة الطلاق، الآية: (١).

(٧) انظر «مغني المحتاج» (٣/ ٣٣٥).

(٨) سورة الطلاق، الآية: (٢).

ولنا: نصوص الرجعة من الكتاب والسنة مطلقة عن شرط الإشهاد إلا أنه يستحب الإشهاد عليها إذ لم يشهد لا يأمن من أن تنقضي العدة فلا تصدقه المرأة في الرجعة ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة فندب إلى الإشهاد لهذا، وعلى هذا تحمل الآية الكريمة، وفي الآية ما يدل عليه لأنه سبحانه وتعالى قال: ﴿فإذا بلغنَ أَجلَهُنَّ فَأَمسِكُوهُنَّ بمعروفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[1] جمع بين الفرقة والرجعة أمر سبحانه بالإشهاد بقوله: ﴿وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾[2].

ومعلوم أن الإشهاد على الفرقة ليس بواجب بل هو مستحب كذا على الرجعة أو تحمل على هذا توفيقاً بين النصوص بقدر الإمكان، وكذا لا مهر في الرجعة ولا يشترط فيها رضا المرأة، لأنها من شرائط ابتداء العقد لا من شرط البقاء، وكذا إعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت، لأن الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرفاً في ملكه بالاستيفاء والاستدامة فلا يشترط فيه إعلام الغير كالإجازة في الخيار لكنه مندوب إليه ومستحب، لأنه إذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة، فمن الجائز أنها تتزوج عند مضي ثلاث حيض ظناً منها أن عدتها قد انقضت فكان ترك الإعلام فيه تسبباً إلى عقد حرام عسى فاستحب له أن يعلمها.

ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها وتزوجت بزوج آخر، ثم جاء زوجها الأول فهي امرأته سواء كان دخل بها الثاني أو لم يدخل، ويفرق بينها وبين الثاني، لأن الرجعة قد صحت بدون علمها فتزوجها الثاني وهي امرأة الأول فلم يصح، وعلى هذا تبنى الرجعة بالفعل بأن جامعها أنها جائزة عندنا.

وعند الشافعي: لا يجوز الرجعة إلا بالقول[3].

وجه البناء على هذا الأصل: أن الرجعة عنده إنشاء النكاح من وجه، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز إلا بالقول فكذا إنشاؤه من وجه، وعندنا هي استدامة النكاح من كل وجه فلا تختص بالقول ويُبْنَى أيضاً على حل الوطء وحرمته.

وجه البناء: أن الوطء لما كان حلالاً عندنا، فإذا وطئها فلو لم يجعل الوطء دلالة الرجعة وربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقضي عدتها فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق، لأنه لا فعل منه إلا ذلك فيزول الملك مستنداً إلى وقت وجود الطلاق فتبين أن الملك كان زائلاً من وقت الطلاق من وجه فيظهر أن الوطء كان حراماً فجعل الإقدام على الوطء دلالة الرجعة صيانة له عن الحرام، وعنده لما كان الوطء حراماً لا يقدم عليه فلا ضرورة إلى جعله دلالة الرجعة.

ثم ابتداء الدليل في المسألة قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[4] سمى الرجعة رداً والرد لا يختص بالقول كرد المغصوب ورد الوديعة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٢).
(٣) انظر «الأم» (٥/ ٢٤٤) و«المهذب» (٢/ ١٠٤) و«الروضة» (٨/ ٢١٧).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

قال النبي ﷺ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[(١)] وقوله تعالى: ﴿فأمسكوهنَّ بمعروفٍ﴾ وقوله عز وجل: ﴿فإمساكٌ بمعروفٍ﴾، سمى الرجعة إمساكاً والإمساك حقيقة يكون بالفعل، وكذا إن جامعته وهو نائم أو مجنون لأن ذلك حلال لها عندنا، فلو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من/ الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعاً ضرورة التحرز عن الحرام، ولأن جماعها كجماعه لها [ب/٩٥/ج] في باب التحريم فكذا في باب الرجعة.

وكذلك إذا لمسها لشهوة أو نظر إلى فرجها عن شهوة فهو مراجع لما قلنا، وإن لمس أو نظر لغير شهوة لم يكن رجعة، لأن ذلك حلال في الجملة، ألا ترى أنَّ القابلة والطبيب ينظران إلى الفرج ويمس الطبيب عند الحاجة إليه بغير شهوة فلا ضرورة إلى جعله رجعة.

وكذلك إذا نظر إلى غير الفرج لشهوة، لأن ذلك أيضاً مباحٌ في الجملة، ويكره التقبيل واللمس لغير شهوة إذا لم يرد به المراجعة، وكذا يكره أن يراها متجردة لغير شهوة، كذا قال أبو يوسف، لأنه لا يأمن من أن يشتهي فيصير مراجعاً من غير إشهاد، وذلك مكروه، وكذا لا يأمن من الإضرار بها لجواز أن يشتهي فيصير به مراجعاً وهو لا يريد إمساكها فيطلقها فتطول العدة عليها فتتضرر به والله تعالى نهى عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾[(٢)] وكذا قال أبو يوسف: إن الأحسن إذا دخل عليها أن يتنحنح ويسمعها خفق نعليه ليس من أجل أنها حرام، ولكن لا يأمن من أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة بغير إشهاد، وهذه عبارة أبي يوسف.

ولو نظر إلى دبرها موضع خروج الغائط بشهوة لم يكن ذلك رجعة كذا ذكر في «الزيادات» وهو قول محمد الأخير، وكان يقول أولاً: إنه يكون رجعة ثم رجع، حكى إبراهيم بن رستم رجوعه، وهو قياس قول أبي حنيفة، لأن ذلك السبيل لا يجري مجرى الفرج.

ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب الحد عنده فكان النظر إليه كالنظر إلى سائر البدن، ولأن النظر إلى الفرج بشهوة إنما كان رجعة لكون الوطء حلالاً تقريراً للحل صيانة عن الحرام والنظر إلى هذا المحل عن شهوة مما لا يحتمل الحل بحال كما أن الفعل فيه لا يحتمل الحل بحال فلا يصلح دليلاً على الرجعة.

ولو نظرت إلى فرجه بشهوة، قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة أن يكون رجعة وهذا قبيح، ولا يكون رجعة، وكذا قال أبو يوسف: والصحيح قياس قول أبي حنيفة لما ذكرنا فيما إذا جامعته وهو نائم أو

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/٨، ١٣) والدارمي في «سننه» (٢/٢٦٤) وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في تضمين العارية برقم (٣٥٦١).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة برقم (١٢٦٦). وقال: حسن صحيح.
وابن ماجه في «سننه» في الصدقات، باب العارية برقم (٢٤٠٠) والحاكم في «المستدرك» (٢/٤٧) في البيوع، باب لا يجوز لامرأة في مالها.. وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري وأقره الذهبي. والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٩٠) في العارية، باب العارية مضمونة.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).

مجنون، ولأن النظر حلال لها كالوطء فيجعل رجعة تقريراً الحل وصيانة عن الحرمة، ولأن النظرين يستويان في التحريم.

ألا ترى أن نظرها إلى فرجه كنظره [إلى فرجها] في التحريم فكذا في الرجعة ولو لمسته لشهوة مختلسة أو كان نائماً أو اعترف الزوج أنه كان بشهوة فهو رجعة في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس برجعة فأبو حنيفة سوى بينها وبين الجارية المشتراة بشرط الخيار للمشتري إذا لمست المشتري أنه يبطل خياره، ومحمد فرق بينهما فقال: ههنا يكون رجعة وهناك لا يكون إجازة للبيع.

وعن أبي يوسف في الجارية روايتان: في رواية فرق فقال: ثمة يكون إجازة للبيع، وههنا لا يكون رجعة، وفي رواية سوى بينهما فقال: فعلها لا يكون رجعة ههنا ولا فعل الأمة يكون إجازة ثمة، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق بين المسألتين.

ووجه الفرق له: على الرواية الأخرى أن بطلان الخيار لا يقف على فعل المشتري بل قد يبطل بغير فعله، كما إذا تعينت في يده بآفة سماوية.

فأما الرجعة فلا يجوز أن تثبت إلا باختيار الزوج، حتى قال أبو يوسف: إنها إذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعة، لأنه لما مكنها من اللمس فقد حصل ذلك باختياره فصار كأنه لمسها، وكذلك قال أبو يوسف إذا ابتدأت اللمس وهو مطاوع لها أنه يكون رجعة لما قلنا.

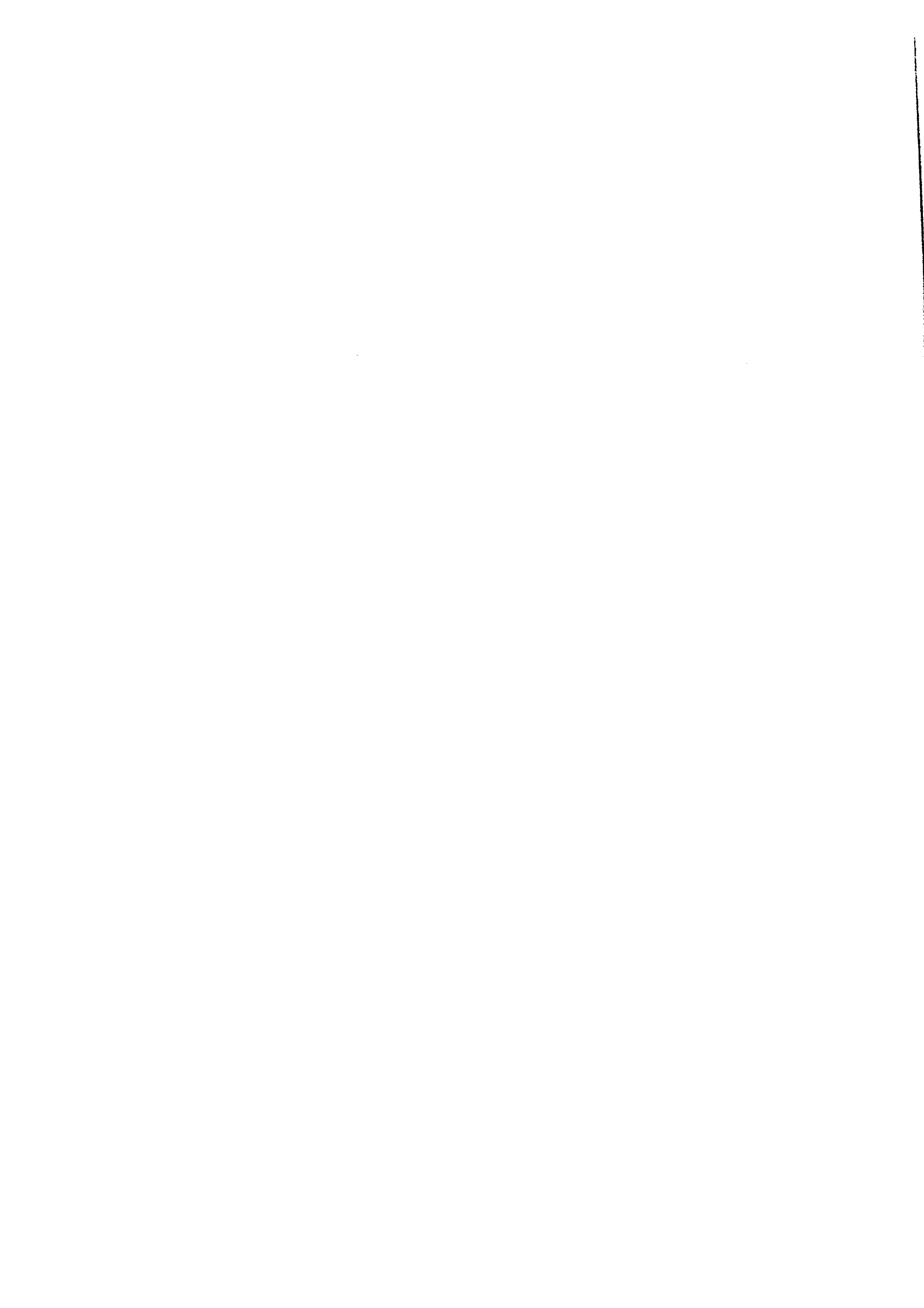
ووجه الفرق لمحمد: أن إسقاط الخيار إدخال الشيء في ملك المشتري والأمة لا تملك ذلك، وليست الرجعة إدخال المرأة على ملك الزوج لأنها على ملكه، فلو جعلناه مراجعاً بفعلها لم تمليكه ما لم يكن ملكاً له فصحت الرجعة، ولأبي حنيفة على نحو ما ذكرنا، وهو أن اللمس حلال من الجانبين عندنا فلزم تعذر الحل فيه وصيانته عن الحرمة، وذلك يجعله رجعة على ما سبق بيانه كما قال في الجارية إن اللمس منها لو لم يجعل إجازة للبيع، وربما يفسخ البيع فيتبين أن اللمس حصل في ملك الغير من وجه، وما ذكره أبو يوسف: أن الرجعة لا تعتبر بغير اختيار الزوج يشكل بما إذا جامعته وهو نائم أنه تثبت الرجعة من غير اختيار الزوج، وما ذكر محمد: أن إسقاط الخيار إدخال المبيع في ملك المشتري وليس بممنوع، بل المبيع يدخل في ملكه بالسبب السابق عند سقوط الخيار، على أن هذا فرق بين المسألتين فيما وراء المعنى المؤثر.

والفرق بين المسألتين فيما وراء المعنى المؤثر لا يقدح في الجمع بينهما في المعنى المؤثر.

[٩٦/أ/ج] قال محمد: ولو صدقها الورثة بعد موته أنها لمسته بشهوة لكان ذلك/ رجعة لأن الورثة قاموا مقامه فكأنه صدقها قبل موته.

قال: ولو شهد الشهود أنها قبلته لشهوة لم تقبل شهادتهم، لأن الشهوة معنى في القلب لا يقف عليه الشهود فلا تقبل شهادتهم فيه، وإن شهدوا على الجماع قبلت، لأن الجماع معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج إلى شرط الشهوة فتقبل فيه الشهادة.

وأما ركن الرجعة: فهو قول أو فعل يدل على الرجعة.



وقال الشافعي[١]: لا أعرف بعد الأقراء معنى معتبراً في انقضاء العدة، وهذا خلاف الكتاب العزيز، والسنة، وإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

أما الكتاب: فقوله عز وجل: ﴿ولا تَقْرَبُوهُنَّ حتى يَطْهُرْنَ﴾[٢] أي يغتسلن.

وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الزَّوْجُ أحقُّ برجعتها ما دامَتْ في مغتَسَلها»[٣] وروي ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة. وأما إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «كُنْتُ عِنْدَ عمر رضي الله عنه فجاء رجل وامرأة، فقال الرجل: زوجتي طَلَّقتها وَرَاجَعْتُها، فقالت: ما يمنعني ما صنعَ أنْ أقولَ ما كانَ أنهُ طلقني وتركني حتى حضتُ الحيضةَ الثالثة، وانقطع الدمُ وغلقتُ بابـي ووضعتُ غسلي وخلعت ثيابـي فطرق الباب فقال: قد راجعتك، فقال عمر رضي الله عنه: قل فيها يا ابن أم عبد، فقلت: أرى أن الرجعة قد صحت ما لم تحلَّ لها الصلاةُ، فقال عمر: لو قُلتَ غيرَ هَذَا لَمْ أَرهُ صَوابَاً»[٤].

وروي عن مكحول «أنَّ أبا بكرٍ، وعمرَ، وعلياً، وابن مسعود، وأبا الدرداء، وعبادة بن الصامت، وعبد الله بن قيس الأشعري رضي الله عنهم كانوا يقولون في الرجل/ [ب/٩٦/ج] يطلق امرأتَه تطليقةً، أو تطليقتين إنه أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ترثه ويرثها ما دامت في العدة»[٥] فاتفقت الصحابة رضي الله عنهم على اعتبار الغسل، فكان قوله مخالفاً للحديث وإجماع الصحابة فلا يعتد به، ولأن أيامها إذا كانت أقل من عشرة لم تستيقن بانقطاع دم الحيض لاحتمال المعاودة في أيام الحيض إذ الدم لا يدر دراً واحداً، ولكنه يدر مرة وينقطع أخرى، فكان احتمال العود قائماً والعائد يكون دم حيض إلى العشرة فلم يوجد انقطاع دم الحيض بيقين فلا يثبت الطهر بيقين فتبقى العدة لأنها كانت ثابتة بيقين، والثابت بيقين لا يزول بالشك، كمن استيقن بالحدث، وشك في الطهارة، بخلاف ما إذا كانت أيامها عشراً لأنه هناك لا يحتمل عود دم الحيض بعد العشرة، إذ العشرة أكثر الحيض فتيقنا بانقطاع دم الحيض، فيزول الحيض ضرورة ويثبت الطهر وههنا بخلافه على ما بينا.

والشافعي بنى قوله في هذا على أصله: أن العدة تنقضي بالأطهار لا بالحيض فإذا طعنت في أول الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة من غير حاجة إلى شيء آخر ويستدل على بطلان هذا الأصل في موضعه إن شاء الله تعالى فيبطل الفرع ضرورة.

وإذا اغتسلت انقطعت الرجعة لأنه ثبت لها حكم من أحكام الطاهرات وهو إباحة أداء الصلاة، إذ لا يباح أداؤها للحائض فتقرر الانقطاع بقرينة الاغتسال فتنقطع الرجعة.

---

(١) انظر «الأم» و «المهذب» (٢/ ١٤٣) و «المغني» لابن قدامة (٨/ ١٠٠).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨)..
(٣) لم أجده.
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة. انظر «الأخبار» (١/ ١٢٨) مخطوط. استنبول.

وكذا إذا لم تغتسل لكن مضى عليها وقت الصلاة تنقطع الرجعة، لأنه لما مضى عليها وقت الصلاة صارت الصلاة ديناً في ذمتها، وهذا من أحكام الطاهرات، إذ لا تجب الصلاة على الحائض فلا تصير ديناً عليها فاستحكم الانقطاع بهذه القرينة فانقطعت الرجعة.

وكذلك إذا لم تجد الماء بأن كانت مسافرة فتيممت وصلت، لأن صحة الصلاة حكم من أحكام الطاهرات، إذ لا صحة لها مع قيام الحيض فقد يضاف إلى الانقطاع حكم من أحكام الطاهرات فاستحكم الانقطاع فتنقطع الرجعة، فأما إذا تيممت ولم تصل فهل تنقطع الرجعة؟.

اختلف فيه أصحابنا؛ قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا تنقطع، وقال محمد: تنقطع.

وجه قوله: أنها لما تيممت فقد ثبت لها حكم من أحكام الطاهرات، وهو إباحة الصلاة، فلا يبقى الحيض ضرورة، كما لو اغتسلت أو تيممت وصلت به. وجه قولهما: على نحو ما ذكرنا أن أيامها إذا كانت دون العشرة لم تستيقن بانقضاء عدتها بنفس انقطاع الدم من غير قرينة تنضم إليه لاحتمال أن يعاودها الدم في العشرة فتبين أنها حائض والحيض كان ثابتاً بيقين فلا يحكم بزواله إلا عند وجود الطهر بيقين ولم يوجد، وبقرينة التيمم لا تصير في حكم الطاهرات بيقين لأنه ليس بطهور حقيقة، وإنما جعل طهوراً شرعاً عند عدم الماء لقوله تعالى: ﴿**فلم تَجِدُوا ماءً فتَيَمَّمُوا صعيداً طيباً**﴾[1].

والدليل عليه أنها لو رأت الماء قبل الشروع في الصلاة أو بعد ما شرعت فيها قبل الفراغ منها بطل تيممها، فكان التيمم طهارة مطلقة شرعاً. لكن حال عدم الماء واحتمال وجود الماء في كل ساعة قائم فكان احتمال عدم الطهورية ثابتاً فلم توجد الطهارة الحاصلة بيقين فتبقى نجاسة الحيض، إلا أنه أبيح لها أداء الصلاة به لعدم الماء في الحالين من حيث الظاهر مع احتمال الوجود، فإذا لم تجد الماء وصلت به وفرغت من الصلاة فقد استحكم العدم فاستحكمت الطهارة الحاصلة بالتيمم فلا يبقى الحيض.

فأما قبل ذلك فاحتمال عدم الطهارة ثابت لاحتمال وجود الماء فلا يكون طهارة شرعاً بيقين بل مع الاحتمال فيبقى حكم الحيض الثابت بيقين، بخلاف الاغتسال، لأنه طهارة بيقين لكون الماء طهوراً مطلقاً.

فإذا ثبتت الطهارة بيقين انتفى الحيض ضرورة لأنه ضدها، بخلاف التيمم على ما بيناه، وبخلاف ما إذا مضى عليها وقت كامل من أوقات الصلاة، لأن الصلاة صارت ديناً في ذمتها بيقين، فقد ثبت في حقها حكم من أحكام الطاهرات بيقين فلا يبقى الحيض بيقين فتنقضي العدة بيقين.

ولو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت الرجعة بنفس الاغتسال بالإجماع ولكنها لا تحل للأزواج، لأن سؤر الحمار مشكوك فيه، إما في طهوريته[2] أو في طهارته على اختلافهم في ذلك.

فإن كان ذلك طاهراً أو طهوراً انقطعت الرجعة، وتحل للأزواج لانقضاء العدة لتقرر الانقطاع بالاغتسال.

---

(١) سورة النساء، الآية: (٤٣).
(٢) والمعتمد أن الشك في «طهوريته لا في طهارته فالماء طاهر لكن هل يستعمل في تطهير غيره أم لا فالحكم هو الشك.





قوله: راجعتك حال انقضاء العدة، وكما لا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة لا تصح حال انقضائها لأن العدة حال انقضائها منقضية فكان ذلك رجعة لمنقضية العدة فلا تصح فإن قيل: يحتمل أنها انقضت حال إخبارها عن الانقضاء، وإخبارها متأخر عن قوله: راجعتك فكان انقضاء العدة متأخراً عنه ضرورة فتصح الرجعة، فالجواب إذا احتمل ما قلنا واحتمل ما قلتم وقع الشك في صحة الرجعة.

والأصل: أن ما لم يكن ثابتاً إذا وقع الشك في ثبوته لا يثبت مع الشك والاحتمال خصوصاً فيما يحتاط فيه ولا سيما إذا كان جهة الفساد آكد، وههنا جهة الفساد آكد، لأنها تصح من وجه، وتفسد من وجهين: فالأولى أن لا يصح والله عز وجل الموفق.

ثم عند أبي حنيفة تستحلف، وإذا نكلت يُقضى بالرجعة، وهذا يشكل على أصله؛ لأن الاستحلاف للنكول والنكول بدل عنده، والرجعة لا تحتمل البدل لكن الاستحلاف قد يكون للنكول ليقضي به، وقد يكون لا للنكول بل لنفي التهمة بالحلف.

ألا ترى أنه يستحلف عنده فيما لا يُقْضَىٰ بالنكول أصلاً كما في دعوى القصاص في النفس نفياً للتهمة، والمرأة وإن كانت أمينة لكن الأمين قد يستحلف لنفي التهمة بالحلف، فإذا نكلت فقد تحققت التُهمة فلم يبق قولها حجة فبقيت الرجعة على حالها حكماً لاستصحاب الحال لعدم دليل الزوال، لأنه جعل نكولها بدلاً مع ما أنه يمكن تحقيق معنى البدل ههنا لما ذكرنا أنها بالنكول صارت متهمة فخرج قولها من أن يكون حجة للتهمة فتبقى العدة وأثرها في المنع من الأزواج والسكون في منزل الزوج فقط، ثم يُقْضَىٰ بالرجعة حكماً لاستصحاب الحال، لأنها بإخبارها بانقضاء عدتها حلت للأزواج، وإذا نكلت فقد بدلت الامتناع من الأزواج والسكون في منزل الزوج، وهذا معنى يحتمل البدل.

ومنها: عدم شرط الخيار حتى لو شرط الخيار في الرجعة لم يصح، لأنها استبقاء النكاح فلا يحتمل [٩٨/أ/ج] شرط الخيار كما لا يحتمل/ الإنشاء.

ومنها: أن يكون أحد نوعي ركن الرجعة، وهو القول منه لا منها حتى لو قالت للزوج: راجعتك لم يصح لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وبعُولتهنّ أحقّ بردِّهنَّ﴾[١] أي أحق برجعتهن منهن.

ولو كانت لها ولاية الرجعة لم يكن الزوج أحق بالرجعة منها، فظاهر النص يقتضي أن لا يكون لها ولاية الرجعة أصلاً إلا أن جواز الرجعة بالفعل منها عرفناه بدليل آخر وهو ما بينا، وأما رضا المرأة فليس بشرط لجواز الرجعة، وكذا المهر لقوله تعالى: ﴿وبُعُولَتُهنَّ أَحَقُّ بردِّهِنَّ﴾[٢] مطلقاً عن شرط الرضا والمهر ولأنه لو شرط الرضا والمهر لم يكن الزوج أحق برجعتها منها لأنه لا يملك بدون رضاها والمهر فيؤدي إلى الخلف في خبر الله عز وجل، وهذا لا يجوز، ولأن الرجعة شرعت لإمكان التدارك عند الندم فلو شرط رضاها لا يمكنه التدارك لأنها عسى لا ترضى، وعسى لا يجد الزوج المهر، وكذا كون الزوج طائعاً وجاداً وعامداً ليس بشرط لجواز الرجعة فتصح الرجعة مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ، لأن الرجعة استبقاء

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

النكاح وأنه دون الإنشاء، ولم تشترط هذه الأشياء للإنشاء فلأن لا تشترط للاسْتِبْقَاء أولى، وقد روي في بعض الروايات: «ثلاثٌ جَدُهُنَّ جَدٌ وهزلهن جدٌ: النّكاحُ والرَّجعةُ والطَّلاقُ»[1].

فصل: وأما حكم الطلاق البائن فالطلاق البائن نوعان: أحدهما: الطلقات، والثاني الطلقة الواحدة البائنة، والثنتان البائنتان، ويختلف حكم كل واحد من النوعين. وجملة الكلام فيه:أن الزوجين إما إن كانا حرين، وإما إن كانا مملوكين، وإما إن كان أحدهما حراً والآخر مملوكاً. فإن كانا حرين فالحكم الأصلي لما دون الثلاث من الواحدة البائنة، والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق وزوال الملك أيضاً حتى لا يحل له وطؤها إلا بنكاح جديد، ولا يصح ظهاره وإيلاؤه، ولا يجري اللعان بينهما، ولا يجري التوارث، ولا يحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزوج آخر، لأن ما دون الثلاثة وإن كان بائناً فإنه يوجب زوال الملك لا زوال حِلّ المحلية.

وأما الطلقات الثلاث: فحكمها الأصلي هو زوال الملك، وزوال حلّ المحلية أيضاً حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزوج آخر لقوله عز وجل: ﴿فإنْ طَلّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بعدُ حَتّى تَنْكِحَ زَوجاً غيرَهُ﴾[2] وسواء طلقها ثلاثاً متفرقاً أو جملة واحدة، لأن أهل التأويل اختلفوا في مواضع التطليقة الثالثة من كتاب الله قال بعضهم هو قوله تعالى: ﴿فإنْ طلّقَها فلا تحلُّ لَهُ مِنْ بعدُ حتى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ بعد قوله: ﴿الطَّلاقُ مرَّتَانِ فإمساكٌ بمعروفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإحْسَانٍ﴾[3].

وقالوا: الإمساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالإحسان هو أن يتركها حتى تنقضي عدتها.

وقال بعضهم: هو قوله تعالى: ﴿أو تسريحٌ بإحسانٍ﴾ فالتسريح هو الطلقة الثالثة، وعلى ذلك جاء الخبر، وكل ذلك جائز محتمل، غير أنه إن كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها كان تقدير قوله سبحانه وتعالى: ﴿فإنْ طلّقها فلا تحلُّ لَهُ﴾ أي طلقها تطليقة ثالثة.

وإن كان المراد من التسريح التطليقة الثالثة كان تقدير قوله تعالى فإن طلقها أي طلقها طلاقاً ثلاثاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، وإنما تنتهي الحرمة وتحل للزوج الأول بشرائط منها: النكاح، وهو أن تنكح زوجاً غيره لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غيرَهُ﴾ نفى الحل وحد النفي إلى غاية التزوج بزوج آخر، والحكم الممدود إلى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية فلا تنتهي الحرمة قبل التزوج فلا تحل للزوج الأول قبله ضرورة. وعلى هذا يخرج ما إذا وطئها إنسان بالزنا أو بشبهة أنها لا تحل لزوجها لعدم النكاح.

وكذا إذا وطئها المولى بملك اليمين بأن حرمت أمته المنكوحة على زوجها حرمة غليظة وانقضت عدتها فوطئها المولى لا تحل لزوجها، لأن الله تعالى نفى الحل إلى غاية فلا ينتهي النفي قبل وجود النكاح ولم يوجد.

وكذا روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في هذه المسألة: «ليس بزوج» يعني المولى.

---

(١) تقدم تخريجه وهو حديث حسن غريب كما في الترمذي برقم (١١٨٤).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣١).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

وعن ابن عمر وأنس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ هذا الحديث، ولم يذكرا قصة امرأة رفاعة، وهو ما روي عنهما: «أن رسول الله ﷺ سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها غيره فأغلق الباب وأرخى الستر وكشف الخمار ثم فارقها»، فقال النبي ﷺ: «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر»[(1)].

وأما المعقول فهو أن الحرمة الغليظة إنما تثبت عقوبة للزوج الأول بما أقدم على الطلاق الثلاث الذي هو مكروه شرعاً زجراً ومنعاً له عن ذلك، لكن إذا تفكر في حرمتها عليه إلا بزوج آخر الذي تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه الزجر عن ذلك، ومعلوم أن العقد بنفسه لا تنفر عنه الطباع ولا تكرهه، إذ لا يشتد على المرأة مجرد النكاح ما لم يتصل به الجماع فكان الدخول شرطاً فيه ليكون زجراً له ومنعاً عن ارتكابه فكان الجماع مضمراً في الآية الكريمة، كأنه قال عز وجل: ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ ويجامعها.

وأما الإنزال فليس بشرط الإحلال، لأن الله تعالى جعل الجماع غاية الحرمة والجماع في الفرج هو التقاء الختانين، فإذا وجد فقد انتهت الحرمة، وسواء كان الزوج الثاني بالغاً أو صبياً يجامع فجامعها أو مجنوناً فجامعها لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[(2)] من غير فصل بين زوج وزوج، ولأن وطء الصبي والمجنون يتعلق به أحكام النكاح من المهر والتحريم كوطء البالغ العاقل، وكذلك الصغيرة التي يجامع مثلها إذا طلقها زوجها ثلاثاً ودخل بها الزوج الثاني حلّت للأول لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوجاً غَيْرَهُ﴾ ولأن وطأها يتعلق به أحكام الوطء من المهر والتحريم فصار كوطء البالغة، وسواء كان الزوج الثاني حراً، أو عبداً قناً، أو مدبراً، أو مكاتباً بعد أن تزوج بإذن مولاه ودخل بها لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ مطلقاً من غير فصل، ولأن أحكام النكاح تتعلق بوطء هؤلاء كما تتعلق بوطء الحر.

وكذا إذا كان مشلولاً ينتشر له، ويجامع لوجود الجماع في النكاح الصحيح وإنما الفائت هو الإنزال وذا ليس بشرط كالفحل إذا جامع ولم ينزل.

وأما المجبوب: فإنه لا يحلها للأول، لأنه لا يتحقق منه الجماع وإنما يوجد منه السحق والملاصقة، والتحليل يتعلق بالجماع وأنه اسم لالتقاء الختانين، ولم يوجد فلا تحل للأول، وإن حملت امرأة المجبوب وولدت هل تحلُّ للأول؟!.

قال أبو يوسف: حلت للأول، وكانت محصنة.

وقال زفر: لا تحلُّ للأول ولا تكون محصنة، وهو قول الحسن.

وجه قول زفر ظاهر؛ لأن ثبوت النسب ليس بوطء حقيقة بل يقام مقام الوطء حكماً، والتحليل يتعلق

= والنسائي في «السنن» كتاب الطلاق باب إحلال المطلقة ثلاثاً والنكاح الذي يحلها به (٦/ ١٤٨).

(١) حديث ابن عمر أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٥، ٨٥) وابن ماجه (١٩٣٣) في «السنن» كتاب النكاح باب الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فتزوج فيطلقها قبل أن يدخل بها، أترجع إلى الأول والنسائي في «السنن» (٦/ ١٤٩) كتاب الطلاق باب إحلال المطلقة ثلاثاً والنكاح الذي يحلها به وحديث أنس أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٢٨٤).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٠).

حقيقة لا حكماً كالخلوة فإنّها لا تفيد الحل وإن أقيم مقام الوطء حكماً كذا هذا، ولأن النسب يثبت من صاحب الفراش مع كون المرأة زانية حقيقة لكونه مولوداً على الفراش. والتحليل لا يقع بالزنا.

ولأبي يوسف: أن النَّسب ثابت منه وثبوت النسب حكم الوطء في الأصل فصار كالدخول سواء وطئها الزوج الثاني في حيض أو نفاس أو صوم أو إحرام لوجود الدخول في النكاح الصحيح، ولو كانت كتابية تحت مسلم طلقها ثلاثاً فنكحت كتابياً نكاحاً يقران عليه لو أسلما ودخل بها فإنها تحل للزوج الأول لوجود الدخول في النكاح الصحيح في حقهم، لأنهم يقرون عليه بعد الإسلام فصار كنكاح المسلمين وسواء كانت المرأة مطلقة من زوج واحد أو من زوجين أو أكثر من ذلك فالزوج الواحد إذا دخل بها تحل للزوجين أو أكثر من ذلك بأن طلق الرجل امرأته ثلاثاً فتزوجت بزوج آخر فطلقها الثاني قبل أن يدخل بها ثلاثاً، ثم تزوجت زوجاً ثالثاً ودخل بها حلت للأولين لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[1] جعل الزوج الثاني منهياً للحرمة من غير فصل بين ما إذا حرمت على زوج/ واحد أو أكثر. [ب/٩٩/ج]

ثم وطء الزوج الثاني هل يهدم ما كان في ملك الزوج الأول من الطلاق؟ لا خلاف في أنه يهدم الثلاث وهل يهدم ما دون الثلاث؟.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يهدم.

وقال محمد: لا يهدم، وبه أخذ الشافعي[2] وقد ذكرنا الحجج والشبه فيما تقدم، وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً فغابت عنه مدة ثم أتته فقالت: إني تزوجت زوجاً غيرك ودخل بي وطلقني وانقضت عدتي. قال محمد: لا بأس أن يتزوجها ويصدقها إذا كانت ثقة عنده أو وقع في قلبه أنها صادقة، لأن هذا من باب الديانة وخبر العدل في باب الديانة مقبول رجلاً كان أو امرأة كما «في الأخبار عن طهارة الماء ونجاسته» وكما في رواية الأخبار عن رسول الله ﷺ فإن تزوجها ولم تخبره بشيء، فلما وقع قالت لم أتزوج زوجاً غيرك، أو قالتْ: تزوجت ولم يدخل بي، أو قالت: قد خَلا بِي وجامعني فيما دون الفرج وكذبها الأول وقال: قد دخل بك الثاني، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية.

وذكر الحسن بن زياد: أن القول قول المرأة في ذاك كله، لأن هذا المعنى لا يعلم إلا من جهتها فكان القول قولها كما في الخبر عن الحيض والحبل وفيه إشكال وهو أنه إنما يجعل القول قولها إذا لم يسبق منها ما يكذبها وقد سبق مِنْهَا ما يكذبها في قولها وهو إقدامها على النّكاح من الزوج الأول، لأن شيئاً من ذَلِكَ لا يجوز إلا بعد التزوج بزوجٍ آخر والدخول بها فكان فعلها مُنَاقِضاً لقولها فلا يقبل، وإن كان الزوج هو الذي قال لها لم تتزوجي، أو قال: لم يدخل بك الثاني وقالت المرأة: قد دخل بي قال الحسن: القول قول المرأة، وهذا صحيح لما ذكرنا أن هذا إنما يعلم من جهتها ولم يوجد منها دليل التناقض فكان القول قولها. قال: ويفسد النكاح بقول الزوج ولها نصف المسمى إن كان لم يدخل بها، والكلّ إن كان قد دخل بها، لأن الزوج معترف بالحرمة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٠).

(٢) انظر «الأم»، (٥/ ٢٥٠) و «نهاية المحتاج» (٦/ ٤٥٤).



حملت من الزوج الأول فتتزوج بزوج آخر وهي حامل من الأول، فيطأها الثاني فيصير ساقياً ماءه زرع غيره، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك بقوله ﷺ: «مَن كانَ يؤمنُ باللَّهِ واليومِ الآخِرِ فلا يسقيَنَّ مَاءَهُ زرع غيره»[1].

وكذا إذا جاءت بولد يشتبه النسب، فلا يحصل المقصود ويضيع الولد أيضاً لعدم المربي والنكاح سببه فكان تسبباً إلى هلاك الولد، وهذا لا يجوز فوجبت العدة ليعلم بها فراغ الرحم وشغلها فلا يؤدي إلى هذه العواقب الوخيمة وشرط وجوبها الدخول أو ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلا يجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيها الَّذينَ آمنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ المؤمناتِ ثُمَّ طلقتموهُنَّ مِنْ قبل أَنْ تَمسوهُنَّ فَما لَكُمْ عَليهنَّ مِنْ عدةٍ تَعتدُّونها﴾[2] ولأن وجوبها بطريق استبراء الرحم على ما بينا والحاجة إلى الاستبراء بعد الدخول لا قبله، إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى، لأن حق الله تعالى يحتاط في إيجابه، ولأن التسليم بالواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول، بخلاف الخلوة في النكاح الفاسد، لأن الخلوة الصحيحة إنما أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة مع أنها ليست بدخول حقيقة لكونها سبباً مفيضاً إليه فأقيمت مقامه احتياطاً إقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه.

[ب/١٠٠/ج] والخلوة في النكاح الفاسد لا تفضي إلى/ الدخول لوجود المانع وهو فساد النكاح وحرمة الوطء فلم توجد الخلوة الحقيقية، إذ هي لا تتحقق إلا بعد انتفاء الموانع أو وجدت بصفة الفساد فلا تقوم مقام الدخول، وكذا التسليم الواجب بالعقد لم يوجد لأن النكاح الفاسد لا يوجب التسليم فلا تجب العدة.

وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيها في كتاب النكاح، وسواء كانت المطلقة حرة أو أمة، قنة أو مدبرة أو مكاتبة أو مستسعاة، لا يختلف أصل الحكم باختلاف الرّق والحرية، لأن ما وجب لَهُ لا يختلف باختلافهما، وإنما يختلف في القدر لما تبين، والكلام في القدر يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى. وسواء كانت مسلمة، أو كتابية تحت مسلم، الحرة كالحرة، والأمة كالأمة، لأن العدة تجب بحق الله وبحق الزوج، قال تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَليهن مِنْ عِدَّةٍ تَعتدُّونها﴾ والكتابية مخاطبة بحقوق العباد فتجب عليها العدة وتجب عليها لأجل حق الزوج والولد، لأنها من أهل إيفاء حقوق العباد وإن كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في الفرقة ولا في الموت في قول أبي حنيفة إذا كان ذلك كذلك في دينهم، حتى لو تزوجت في الحال جاز، وعند أبي يوسف ومحمد عليها العدة.

وذكر الكرخي في «جامعه» في الذمية تحت ذمي إذا مات عنها أو طلقها فتزوجت في الحال جاز، إلا أن تكون حاملاً فلا يجوز نكاحها.

وجه قولهما: أن الذمية من أهل دار الإسلام، ألا ترى أن أهل الذمة يجري عليهم سائر أحكام الإسلام

---

(١) أخرجه الترمذي في «جامعه» كتاب النكاح باب في وطء السبايا رقم (٢١٥٨) وأبو داود في «السنن» في النكاح باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل رقم (١١٣١) وأحمد في «المسند» (٤/١٠٨، ١٠٩).

(٢) سورة الأحزاب، الآية: (٤٩).

كذا هذا الحكم، ولأبي حنيفة أنه لو وجبت عليها العدة إما أن تجب بحق الله تعالى أو بحق الزوج ولا سبيل إلى إيجابها بحق الزوج، لأن الزوج لا يعتقد حقاً لنفسه، ولا وجه إلى إيجابها بحق الله تعالى، لأن العدة فيها معنى القربة وهي غير مخاطبة بالقربات، إلا أنها إذا كانت حاملاً تمنع من التزويج، لأن وطء الزوج الثاني يوجب اشتباه النسب، وحفظ النسب حق الولد فلا يملك إبطال حقه، فكان على الحكم استيفاء حقه بالمنع من التزويج، ولا عدة على المهاجرة في قول أبي حنيفة، وعندهما: عليها العدة، والمسألة مرت في كتاب النكاح.

فإن جاء الزوج مسلماً وتركها في دار الحرب فلا عدة عليها في قولهم جميعاً، لأن على أصل أبي حنيفة الكافرة تلزمها العدة لحق المسلم، واختلاف الدارين يمنع ثبوت الحق لأحدهما على الآخر، وعل أصلهما وجوب العدة على الكافرة لجريان حكمنا على أهل الذمة، ولا يجري حكمنا على الحربية، ولا عدة على الزانية حاملاً كانت أو غير حامل، لأن الزنا لا يتعلق به ثبوت النسب، ومنها: الفرقة في النكاح الفاسد بتفريق القاضي أو بالمتاركة وشرطها الدّخول لأن النكاح الفاسد يجعل منعقداً عند الحاجة وهي عند استيفاء المنافع، وقد مست الحاجة إلى الانعقاد لوجوب العدة وصيانة الماء عن الضياع بثبوت النسب، وتجب هذه العدة على الحرة والأمة والمسلمة والكتابية، لأن الموجب لا يوجب الفصل، ويستوي فيها الفرقة والموت، لأن وجوب هذه العدة على وجه الاستبراء، وقد مست الحاجة في الاستبراء لوجود الوطء.

فأما عدة الوفاة فإنما تجب لمعنى آخر وهو إظهار الحزن على ما فاتها من نعمة النكاح على ما نذكر إن شاء الله تعالى، والنكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة فلم يكن نعمة ثم يعتبر الوجوب في الفرقة من وقت الفرقة، وفي الموت من وقت الموت عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: من آخر وطء وطئها، والمسألة مرت في كتاب النكاح.

ومنها: الوطء عن شبهة النكاح بأن زفت إليه غير امرأته فوطئها لأنّ الشبهة تقام مقام الحقيقة في موضع الاحتياط، وإيجاب العدة من باب الاحتياط.

ومنها: عتق أم الولد.

ومنها: موت مولاها بأن أعتقها سيدها أو مات عنها وسبب وجوب هذه العدة هو زوال الفراش وهذا عندنا.

وعند الشافعي[1]: لا عدة عليها وإنما عليها الاستبراء بحيضة واحدة وسبب وجوبها عنده هو زوال ملك اليمين، ونذكر المسألة في بيان مقادير العدد إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما عدة الأشهر فنوعان: نوع يجب بدلاً عن الحيض ونوع يجب أصلاً بنفسه أما الذي يجب بدلاً عن الحيض فهو عدة الصغيرة والآيسة والمرأة التي لم تحض رأساً في الطلاق، وسبب وجوبها هو الطلاق وهو سبب وجوب عدة الأقراء، وإنها تجب قضاء لحق النكاح الذي اسْتُوفِيَ فيه المقصود، وشرط وجوبها شيئان:

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢١٨) و «المهذب» (٢/ ١٥٥) و «المنهاج» صفحة (١١٧) و «نهاية المحتاج» (٧/ ١٦٧).



ثم اختلف أهل العلم فيما تنقضي به هذه العدة أنه الحيض أم الأطهار، قال أصحابنا: الحيض.

وقال الشافعي[١]: الأطهار، وفائدة الاختلاف أن من طلق امرأته في حالة الطهر لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عندنا حتى لا تنقضي عدتها ما لم تحض ثلاث حيض بعده وعنده يحتسب بذلك الطهر من العدة فتنقضي عدتها بانقضاء ذلك الطهر الذي طلقها فيه وبطهر آخر بعده والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأبي موسى الأشعري وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس رضي الله تعالى عنهم أنهم قالوا: الزوج أحق بمراجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة كما هو مذهبنا.

وعن زيد بن ثابت وحذيفة وعبد الله بن عمر وعائشة رضي الله عنهم مثل قوله: وحاصل الاختلاف راجع إلى أن القرء المذكور في قوله سبحانه: ﴿ثَلاثَةَ قُروءٍ﴾[٢] ما هو؟ الحيض أم الطهر فعندنا الحيض وعنده الطهر، ولا خلاف بين أهل اللغة في أن القرء من الأسماء المشتركة يؤنث ويراد به الحيض، ويذكر ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في سائر الأسماء المشتركة من اسم العين وغير ذلك أما استعماله في الحيض فلقول النبي ﷺ: «**المُسْتَحَاضة تَدعُ الصَّلاةَ أيامَ أَقْرَائِهَا**»[٣] أي أيام حيضها، إذ أيام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها لا أيام الطهر.

وأما في الطهر فلما روينا أن رسول الله ﷺ قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «**إنّ مِنَ السُّنَّة أنْ تستقبلَ الطُّهر استقبالاً فتطلِقَها لكلِ قُرءٍ تَطْلِيقَةً**»[٤] أي طهر.

وإذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح احتج الشافعي بقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لعدّتِهِنَّ﴾[٥] وقد فسر النبي ﷺ العدة بالطهر في ذلك الحديث حيث قال: «**فَتِلْكَ العدّة التي أمر الله أَنْ يُطَلَّق لها النِّساء**» فدل أن العدة بالطهر لا بالحيض.

ولأنه أدخل الهاء في الثلاثة بقوله عز وجل: ﴿ثلاثةَ قروءٍ﴾ وإنما تدخل الهاء في جمع المذكر لا في جمع المؤنث، يقال: ثلاثة رجال وثلاث نسوة، والحيض مؤنث والطهر مذكر فدل أن المراد منها الأطهار، ولأنكم لو حملتم القرء المذكور على الحيض للزمكم المناقضة، لأنكم قلتم في المطلقة إذا كانت أيامها دون العشرة فانقطع دمها إنه لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة فقد جعلتم العدة بالطهر، وهذا تناقض.

ولنا: الكتاب والسنة والمعقول، أما الكتاب الكريم فقوله تعالى: ﴿وَالمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْن بِأَنْفُسِهِنَ ثلاثَةَ قُرُوءٍ﴾[٦] أمر الله تعالى بالاعتداد بثلاثة قروء، ولو حمل القرء على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض

---

(١) تقدم الإشارة إلى مواضع المسائلة عندهم.
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).
(٣) تقدم تخريجه في باب الطهارة.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).
(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

الثالث، لأن بقية الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الأقراء عنده، والثلاثة اسم لعدد مخصوص والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه فيكون ترك العمل بالكتاب، ولو حملناه على الحيض يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل؛ لأن ما بقي من الطهر غير محسوب من العدة عندنا فيكون عملاً بالكتاب/ ، فكان [١٠٢/أ/ج] الحمل على ما قلنا أولى؛ ولا يلزم قوله تعالى: ﴿الحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ﴾[١] أنه ذكر الأشهر والمراد منه شهران وبعض الثالث فكذا القروء جائز أن يراد بها القرآن وبعض الثالث، لأن الأشهر اسم جمع لا اسم عدد، واسم الجمع جاز أن يذكر ويراد به بعض ما ينتظمه مجازاً ولا يجوز أن يذكر الاسم الموضوع لعدد محصور، ويراد به ما دونه لا حقيقة ولا مجازاً. ألا ترى أنه لا يجوز أن يقال: رأيت ثلاثة رجال ويراد به رجلان وجاز أن يقال: رأيت رجالاً ويراد به رجلان، مع ما أن هذا إن كان في حد الجواز فلا شك أنه بطريق المجاز، ولا يجوز العدول عن الحقيقة من غير دليل، إذ الحقيقة هي الأصل في حق الأحكام للعمل بها.

وإن كان في حق الاعتقاد يجب التوقف لمعارضة المجاز الحقيقة في الاستعمال وفي باب الحج قام دليل المجاز.

وقوله عز وجل: ﴿وَاللائي يئسنَ مِنَ المَحيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدّتُهنَّ ثلاثة أَشْهُرٍ﴾[٢] جعل سبحانه وتعالى الأشهر بدلاً عن الأقراء عند اليأس عن الحيض، والمبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز إقامة البدل مقامه، فدل أن المبدل هو الحيض فكان هو المراد من القرء المذكور في الآية، كما في قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيّباً﴾[٣] لما شرط عدم الماء عند ذكر البدل وهو التيمم، دل أن التيمم بدل عن الماء فكان المراد منه الغسل المذكور في آية الوضوء وهو الغسل بالماء. كذا ههنا.

وأما السنة فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طَلاقُ الأمةِ ثنتانِ وَعِدّتُها حَيضَتَانِ»[٤] ومعلوم أنه لا تفاوت بين الحرة والأمة في العدة فيما يقع به الانقضاء، إذ الرق أثره في تنقيص العدة التي تكون في حق الحرة لا في تغيير أصل العدة، فدل أن أصل ما تنقضي به العدة هو الحيض.

وأما المعقول: فهو أن هذه العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم، والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر، فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر.

وأما الآية الكريمة فالمراد من العدة المذكورة فيها عدة الطلاق، والنبي ﷺ جعل الطهر عدة الطلاق، ألا ترى أنه قال: «فتلك العدة التي أَمَرَ اللَّهُ تَعالى أَنْ يُطَلَّقَ لها النِّسَاءُ» والكلام في العدة عن الطلاق أنها ما هي، وليس في الآية بيانها.

وأما قوله: أدخل الهاء في الثلاثة فنعم، لكن هذا لا يدل على أن المراد هو الطهر من القروء، لأن اللغة لا تمنع من تسمية شيء واحد باسم التذكير والتأنيث كالبر والحنطة، فيقال: هذا البر وهذه الحنطة،

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٩٧).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٤).
(٣) سورة النساء، الآية: (٤٣).
(٤) تقدم تخريجه.

هَكَذَا وَهَكَذَا وهَكَذَا، وحبس إبهامه في المـرة الثَّالثةِ»(١).

وإن كانت الفرقة في بعض الشهر اختلفوا فيه.

قال أبو حنيفة: يعتبر بالأيام فتعتد من الطلاق وأخواته تسعين يوماً ومن الوفاة مائة وثلاثين يوماً، وكذلك قال في صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأ الصوم في نصف الشهر.

وقال محمد: تعقد بقية الشهر بالأيام وباقي الشهور بالأهلة ويكمل الشهر الأول من الشهر الأخير بالأيام.

وعن أبـي يوسف روايتان: في رواية مثل قول أبـي حنيفة، وفي رواية مثل قول محمد وهو قوله الأخير.

وجه قولهما: أن المأمور به هو الاعتداد بالشهر والأشهر اسم الأهلة فكان الأصل في الاعتداد هو الأهلة، قال الله تعالى: ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الأَهلةِ قُلْ هِيَ مواقيتُ للنَّاسِ والحَجِّ﴾(٢) جعل الهلال لمعرفة المواقيت وإنما يعدل إلى الأيام عند تعذر اعتبار الأهلة وقد تعذر اعتبار الهلال في الشهر الأول فعدلنا عنه إلى الأيام ولا تعذر في بقية الأشهر فلزم اعتبارها بالأهلة، ولهذا اعتبرنا كذلك في باب الإجارة إذا وقعت في بعض الشهر كذا ههنا.

ولأبـي حنيفة أن العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها في الأيام لزادت على الشهور، ولو اعتبرناها بالأهلة لنقصت عن الأيام فكان إيجاب الزيادة أولى احتياطاً بخلاف الإجارة، لأنها تمليك المنفعة، والمنافع توجد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالمعقود عليه عقداً مبتدأ فيصير عند استهلال الشهر كأنه ابتداء العقد فيكون بالأهلة بخلاف العدة، فإن كل جزء منها ليس كعدة مبتدأة.

[١٠٣/أ/ج] وأما الإيلاء في بعض الشهر/ فقد ذكرنا الاختلاف بين أبـي يوسف وزفر في كيفية اعتبار الشهر فيه أن على قول أبـي يوسف يعتبر بالأيام فيكمل مائة وعشرين يوماً، ولا ينظر إلى نقصان الشهر ولا إلى تمامه.

وعند زفر: يعتبر بالأهلة وجه قوله: أن مدة الإيلاء كمدة العدة، لأن كل واحد منهما يتعلق به البينونة.

ولأبـي يوسف: أن اعتبار الأيام في مدة الإيلاء يوجب تأخير الفرقة واعتبار الأشهر يوجب التعجيل فوقع الشك في وقوع الطلاق فلا يقع بالشك كمن علق طلاق امرأته بمدة في المستقبل وشك في المدة بخلاف العدة، لأن الطلاق هناك واقع بيقين وحكمه متأجل، فإذا وقع الشك في التأجيل لا يتأجل بالشك.

وأما عدة الحبل فمقدارها بقية مدة الحمل قَلّت أو كَثُرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدة بيوم أو أقل أو أكثر انقضت به العدة لقوله تعالى: ﴿وأُولاَتُ الأَحْمالِ أجلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حملَهُنَّ﴾(٣) من غير فصل، وذكر في «الأصل» أنها لو ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ما جاءت به السنة هكذا ذكر، والسنة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سورة البقرة، الآية: (١٨٩).

(٣) سورة الطلاق، الآية: (٦).

المذكورة هي ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في المتوفى عنها زوجها: «إِذَا وَلَدَتْ وزَوجُها على سَرِيرِهِ جَازَ لَهَا أَنْ تَتَزوج»، وشرط انقضاء هذه العدة أن يكون ما وضعت قد استبان خلقه أو بعض خلقه، فإن لم يستبن رأساً بأن أسقطت علقة أو مضغة لم تنقض العدة، لأنه إذا استبان خلقه أو بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فتنقضي به العدة، وإذا لم يستبن لم يعلم كونه ولداً بل يحتمل أن يكون، ويحتمل أن لا يكون فيقع الشك في وضع الحمل فلا تنقضي العدة بالشك.

وقال الشافعي[1] في أحد قوليه: يرى النساء.

وهذا ليس بشيء لأنهن لم يشاهدن انخلاق الولد في الرحم ليقسن هذا عليه فيعرفن، وقال في قول آخر: يجعل في الماء الحار، ثم ينظر إن انحل فليس بولد وإن لم ينحل فهو ولد وهذا أيضاً فاسد، لأنه يحتمل أنه قطعة من كبدها أو لحمها انفصلت منها، وأنها لا تنحل بالماء الحار كما لا ينحل الولد فلا يعلم به أنه ولد، ولو ظهر أكثر الولد لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، وقد قالوا في المطلقة طلاقاً رجعياً إنه إذا ظهر منها أكثر ولدها أنها تبين فعلى هذا يجب أن تنقضي به العدة أيضاً بظهور أكثر الولد، ويجوز أن يفرق بينهما فيقام الأكثر مقام الكل في انقطاع الرجعة احتياطاً ولا يقام في انقضاء العدة حتى لا تحل للأزواج احتياطاً أيضاً، ثم انقضاء عدة الحمل بوضع الحمل إذا كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى: ﴿وأولاتُ الأحمالِ أجلُهُنَّ أَنْ يضعْنَ حملَهُنَّ﴾[2] وكذلك إذا كانت متوفى عنها زوجها عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم.

وروي عن عمر، وعبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا: عدتها بوضع ما في بطنها وإن كانَ زوجها على السرير، وقال علي رضي الله عنه وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما إن الحامل إذا توفي عنها زوجها فعدتها أبعد الأجلين وضع الحمل أو مضي أربعة أشهر وعشر أيهما كان أخيراً تنقضي به العدة.

وجه هذا القول: أن الاعتداد بوضع الحمل إنما ذكر في الطلاق لا في الوفاة بقوله تعالى: ﴿وأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أجلُهُنَّ أَنْ يضعْنَ حملَهُنَّ﴾ لأنه معطوف على قوله عز وجل: ﴿واللّائي يئِسْنَ منَ المَحيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارتبتُم فعدتهُنَّ ثلاثةُ أشهر واللائي لم يحضْنَ﴾[3] وذلك بناء على قوله تعالى: ﴿يا أَيُّها النبـيُّ إذا طلقتُمُ النِّسَاءَ﴾[4] فكان المراد من قوله: ﴿واللائي لم يحضن﴾[5] المطلقات ولأن في الاعتداد بأبعد الأجلين جمعاً بين الآيتين بالقدر الممكن، لأن فيه عملاً بآية عدة الحبل إن كان أجل تلك العدة أبعد وعملاً بآية عدة الوفاة إن كان أجلها أبعد فكان عملاً بهما جميعاً بقدر الإمكان، وفيما قلتم عمل بإحداهما وترك العمل بالأخرى أصلاً فكان ما قلنا أولى.

---

(١) انظر «الأم».
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٣) سورة الطلاق، الآية: (٤).
(٤) سورة الطلاق، الآية: (١).
(٥) سورة الطلاق، الآية: (٦).

واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وأُولَاتُ الأَحْمَالِ أجلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَملَهُنَّ﴾[1] ولم يقل أحمالهن، فإذا وضعت إحداهما فقد وضعت حملها إلا أن ما قاله لا يستقيم لوجهين:

أحدهما: أنه قرىء في بعض الروايات «أن يضعن أحمالهن».

والثاني: أنه علق انقضاء العدة بوضع الحمل لا بالولادة حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿يضَعْنَ حملَهُنَّ﴾ ولم يقل يلدن، والحمل اسم لجميع ما في بطنها، ووضع أحد الولدين وضع بعض حملها لا وضع حملها فلا تنقضي به العدة، ولأن وضع الحمل إنما تنقضي به العدة لبراءة الرحم بوضعه، وما دام في بطنها ولد لا تحصل البراءة به فلا تنقضي العدة.

فصــــل:

وأما بيان ما يعرف به انقضاء العدة فما يعرف به انقضاء العدة نوعان: قول وفعل.

أما القول: فهو إخبار المعتدة بانقضاء العدة في مدة يحتمل الانقضاء في مثلها فلا بد من بيان أقل المدة التي تصدق فيها المعتدة في إقرارها بانقضاء عدتها وجملة الكلام فيه أن المعتدة إن كانت من ذوات الأشهر فإنها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر في عدة الطلاق إن كانت حرة ومن شهر ونصف إن كانت أمة وفي عدة الوفاة لا تصدق في أقل من أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة، ومن شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة، ولا خلاف في هذه الجملة.

وإن كانت من ذوات الأقراء، فإن كانت معتدة من وفاة فكذلك لا تصدق في أقل مما ذكرنا في الحرة والأمة.

وإن كانت معتدة من طلاق فإن أخبرت بانقضاء عدتها في مدة تنقضي في مثلها العدة يقبل قولها، وإن أخبرت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قولها، إلا إذا فسرت ذلك بأن قالت: أسقطت سقطاً مستبين الخلق أو بعضه فيقبل قولها، وإنما كان كذلك لأنها أمينة في إخبارها عن انقضاء عدتها، فإنّ الله تعالى ائتمنها في ذلك بقوله عز وجل: ﴿ولا يحلّ لَهُنَّ أَنْ يكتمنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾[2] قيل في «التفسير» إنه الحيض والحبل والقول قول الأمين مع اليمين كالمودع إذا قال: رددت الوديعة أو هلكت، فإذا أخبرت بالانقضاء في مدة تنقضي في مثلها يقبل قولها، ولا يقبل إذا كانت المدة مما لا تنقضي في مثلها العدة، لأن قول الأمين إنما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر، والظاهر ههنا يكذبها فلا يقبل قولها إلا إذا فسرت فقالت: أسقطت سقطاً مستبين الخلق أو بعض الخلق مع يمينها فيقبل قولها مع هذا التفسير لأن الظاهر لا يكذبها مع التفسير.

ثم اختلف في أقل ما تصدق فيه المعتدة بالأقراء.

قال أبو حنيفة: أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوماً.

وقال أبو يوسف ومحمد: تسعة وثلاثون يوماً، واختلفت الرواية في تخريج قول أبي حنيفة فتخريجه

(١) سورة الطلاق، الآية: (٤).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

في رواية محمد: أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض خمسة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض خمسة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام فتلك ستون يوماً، وتخريجه على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض عشرة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض عشرة أيام فذلك ستون يوماً، فاختلف التخريج مع اتفاق الحكم، وتخريج قول أبـي يوسف ومحمد: أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام فذلك تسعة وثلاثون يوماً.

وجه قولهما: أن المرأة أمينة في هذا الباب، والأمين يصدق ما أمكن، وأمكن تصديقها ههنا بأن يحكم بالطلاق في آخر الطهر فيبدأ بالعدة من الحيض فيعتبر أقله وذلك ثلاثة، ثم أقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً ثم أقل الحيض، ثم أقل الطهر، ثم أقل الحيض فتكون الجملة تسعة وثلاثين يوماً.

وجه قول أبـي حنيفة على تخريج محمد: أن المرأة وإن كانت أمينة في الأقراء بانقضاء العدة لكن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر، فأما فيما يخالفه الظاهر فلا يقبل قوله، كالوصي إذا قال: أنفقت على اليتيم في يوم واحد ألف دينار وما قالاه خلاف الظاهر، لأن الظاهر أن من أراد الطلاق فإنما يوقعه في أول الطهر، وكذا حيض ثلاثة أيام نادر وحيض عشرة نادر أيضاً فيؤخذ بالوسط وهو خمسة.

واعتبار هذا التخريج يوجب أن أقل ما تصدق فيه ستون يوماً. وأما الوجه على تخريج رواية الحسن: فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر، لأن الإيقاع في أول الطهر.

وإن كان سنة لكن الظاهر هو الإيقاع في آخر/ [ب/١٠٤] الطهر لأنه يجرب نفسه في أول الطهر هل يمكنه الصبر عنها ثم يطلق، فكان الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لا أنه يعتبر مدة الحيض عشرة أيام وإن كانت أكثر المدة لأنا قد اعتبرنا في الطهر أقله فلو نقصنا من العشرة في الحيض للزم النقص في العدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم بأكثر الحيـض وأقل الطهر رعاية للحقّين، واعتبار هذا التخريج أيضاً يوجب ما ذكرنا، وهو أن يكون أقل ما تصدق فيه ستون. وأما الأمة فعند أبـي حنيفة أقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه أربعون يوماً وهو أن يقدر كأنه طلقها في أول الطهر فيبدأ بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض خمسة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض خمسة أيام فذلك أربعون يوماً.

وأما على رواية الحسن فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوماً لأنه يجعل كأن الطلاق وقع في آخر الطهر فيبدأ بالحيض عشرة، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوماً، فاختلف حكم روايتيهما في الأمة واتفق في الحرة.

وأما على قول أبـي يوسف ومحمد: فأقل ما تصدق فيه إحدى وعشرون يوماً لأنهما يقدران الطلاق في آخر الطهر ويبتدئان بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض ثلاثة فذلك أحد وعشرون يوماً والله الموفق.

وأما المعتدة إذا كانت نفساء بأن ولدت امرأته وطلقها عقيب الولادة، ثم قالت انقضت عدتي قال أبو حنيفة في رواية محمد عنه لا تصدق الحرة في أقل من خمسة وثمانين يوماً لأنه يثبت النفاس خمسة

وكذلك كل معتدة ورثت كذا ذكر الكرخي، وعنىٰ بذلك امرأة المرتدّ بأن ارتد زوجها بعدما دخل بها ووجبت عليها العدة ثم مات أو قتل وورثته.

وذكر القدوري في امرأة المرتد روايتين عن أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ليس عليها إلا ثلاث حيض.

وجه قوله: ما ذكرنا أن الشرع إنما أوجب عدة الوفاة على الزوجات وقد بطلت الزوجية بالطلاق البائن إلا أنا أبقيناها في حق الإرث خاصة لتهمة الفرار، فمن ادعى بقاءها في حق وجوب عدة الوفاة فعليه الدليل.

وجه قولهما: أن النكاح لما بقي في حق الإرث فلأن يبقى في حق وجوب العدة أولى، لأن العدة يحتاج في إيجابها فكان قيام النكاح من وجه كافياً لوجوب العدة احتياطاً فيجب عليها الاعتداد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض، ولو حملت المعتدة في عدتها ذكر الكرخي أن من حملت في عدتها فالعدة أن تضع/ حملها. ولم يفصل بين المعتدة عن طلاق أو وفاة، وقد فصل محمد بينهما فإنه قال فيمن مات عن امرأته وهو صغير أو كبير، ثم حملت بعد موته فعدتها الشهور فهذا نص على أن عدة المتوفىٰ عنها زوجها لا تنتقل بوجود الحمل من الأشهر إلى وضع الحمل قال: وإن كانت في عدة الطلاق فحبلت بعد الطلاق وعلم بذلك فعدتها أن تضع حملها. [ب/١٠٥/ج]

وجه ما ذكره الكرخي: أن وضع الحمل أصل العدد، لأن العدة وضعت لاستبراء الرحم ولا شيء أدل على براءة الرحم من وضع الحمل فيجب أن يسقط معه ما سواه كما تسقط الشهور مع الحيض.

والصحيح ما ذكره محمد: أن عدة المتوفى عنها زوجها لا تتغير بوجود الحمل بعد الوفاة ولا تنتقل من الأشهر إلى وضع الحمل بخلاف عدة الطلاق.

وجه الفرق بين العدتين أن عدة الوفاة إنما وجبت لاستبراء الرحم بدليل أنها تتأدى بالأشهر مع وجود الحيض، وكذا تجب قبل الدخول وإنما وجبت لإظهار التأسف على فوت نعمة النكاح وكان الأصل في هذه العدة هو الأشهر إلا إذا كانت حاملاً وقت الوفاة فيتعلق بوضع الحمل، فإذا كانت حاملاً بقيت على حكم الأصل فلا تتغير بوجود الحمل فلا تنتقل بخلاف عدة الطلاق، فإن المقصود منها الاستبراء ووضع الحمل أصل في الاستبراء، فإذا قدرت عليه سقط ما سواه أو يحمل ما ذكره الكرخي على الخصوص وهي التي حبلت في عدة الطلاق، وذكر العام على إرادة الخاص متعارف.

وقال محمد في عدة الطلاق: أنها إذا حبلت فإن لم يعلم أنها حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين فقد حكمنا بانقضاء عدتها بعد الوضع لستة أشهر حملاً لأمرها على الصلاح إذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج في عدتها فيحكم بانقضاء عدتها قبل التزوج والله الموفق.

فصل: وأما تغيير العدة فنحو الأمة إذا طلقت ثم أعتقت، فإن كان الطلاق رجعياً تتغير عدتها إلى عدة الحرائر، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية فهذه حرة وجبت عليها العدة وهي زوجته فتعتد عدة الحرائر

كما إذا عتقها المولى، ثم طلقها الزوج، وإن كانت بائناً لا تتغير عندنا، وعند الشافعي[١]: تتغير فيهما جميعاً.

وجه قوله: أن الأصل في العدة هو الكمال وإنما النقصان بعارض الرق، فإذا أعتقت فقد زال العارض وأمكن تكميلها فتكمل.

ولنا: أن الطلاق أوجب عليها عدة الإماء، لأنه صادفها وهي أمة والإعتاق وجد وهي مبانة فلا يتغير الواجب بعد البينونة كعدة الوفاة بخلاف الطلاق الرجعي، لأنه لا يوجب زوال الملك فوجد الإعتاق وهي زوجته فوجبت عليها العدة وهي حرة فتعتد عدة الحرائر، وهذا بخلاف الإيلاء بأن كانت الزوجة مملوكة وقت الإيلاء ثم أعتقت أنه تنقلب عدتها إلى عدة الحرائر وإن كان الإيلاء طلاقاً بائناً وقد سُوِيَ بينه وبين الرجعي في هذا الحكم وإنما كان كذلك لأن البينونة في الإيلاء لا تثبت للحال وإنما تثبت بعد انقضاء المدة فكانت الزوجية قائمة للحال فأشبه الطلاق الرجعي بأن طلقها الزوج رجعياً، ثم أعتقها المولى وهناك تنقلب عدتها عدة الحرائر فكذا مدتها ههنا بخلاف الطلاق البائن فإنه يوجب زوال الملك للحال، وقد وجبت عدة الإماء بالطلاق فلا تتغير بعد البينونة بالعتق والله الموفق.

وأما المطلقة الرجعية إذا راجعها الزوج، ثم طلقها قبل الدخول بها، قال أصحابنا: عليها عدة مستأنفة.

وقال الشافعي[٢] في أحد قوليه: إنها تكمل العدة.

وجه قوله: أنها تعتد عن الطلاق الأول لا عن الثاني، لأن الثاني طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة.

ولنا: أن الطلاق الثاني طلاق بعد الدخول، لأن الرجعة ليست إنشاء النكاح بل هي فسخ الطلاق، ومنعه عن العمل بثبوت البينونة بانقضاء العدة فكانت مطلقة بالطلاق الثاني بعد الدخول فتدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[٣] ولو زوج أم ولده، ثم مات عنها وهي تحت زوج أو في عدة من زوج فلا عدة عليها بموت المولى، لأن العدة إنما تجب عليها بموت المولى لزوال الفراش فإذا كانت تحت زوج أو في عدة من زوج لم تكن فراشاً له لقيام فراش الزوج فلا تجب عليها العدة، فإن أعتقها المولى، ثم طلقها الزوج فعليها عدة الحرائر، لأن إعتاق المولى صادفها وهي فراش الزوج فلا يوجب عليها العدة وطلاق الزوج صادفها/ وهي حرة فعليها عدة الحرائر. [١٠٦/أ/ج]

ولو طلقها الزوج أولاً ثم أعتقها المولى، فإن كان الطلاق رجعياً تتغير عدّتها إلى عدة الحرائر، وإن كانَ بائناً لا تتغير لما ذكرنا فيما تقدم، فإن انقضت عدتها، ثم مات المولى فعليها بموت المولى ثلاث حيض لأنها لما انقضت عدتها من الزوج فقد عاد فراش المولى، ثم زال بالموت فتجب العدة لزوال الفراش كما إذا مات قبل أن يزوجها، فإن مات المولى والزوج فالأمر لا يخلو أما أن علم أيهما مات أولاً، وإما أن لا يعلم،

---

(١) انظر «الأم» (٥/٢٤٦).
(٢) انظر «الأم» (٥/٢٥٠).
(٣) سورة الطلاق، الآية: (٤).

وَعَشْراً﴾[1] وهذا تقدير لعدة الوفاة بأربعة أشهر وعشر فلا يجوز الزيادة عليه إلا بدليل، ولأن الأصل في كل أمرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما أن يحكم بوقوعهما معاً كالغرقى والحرقى والهدمى، وإذا حكم بموت الزوج مع موت المولى فقد وجبت عليها العدة وهي حرة فكانت عدة الحرائر فلم يكن لإيجاب الحيض حال فلا يمكن إيجابها والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: إذا تزوج أم الولد بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج، ثم مات الزوج والمولى ولا يعلم أيهما مات أولاً، ولا كم بين موتيهما فعليها حيضتان في قياس قول أبي حنيفة، لأنه يحكم بموتهما معاً، وفي قول/ أبي يوسف: يجب عليها ثلاث حيض في أربعة أشهر وعشر، بناء على أصله في [ب/١٠٦/ج] اعتبار الاحتياط، لأنه يحتمل أن المولى مات أولاً فنفذ النكاح لموته، لأنها عتقت فجاز نكاحها بعتقها، ثم مات الزوج وهي حرة فوجب عليها أربعة أشهر وعشر، ويحتمل أنه مات الزوج أولاً وانقضت عدتها، ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فعليها عدة المولى ثلاث حيض فوجب عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض احتياطاً.

وإن علم أن بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضتان، لأن عدة المولى قد سقطت سواء مات أولاً أو آخراً إذا كان بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين ووقع التردد في عدة الزوج، لأنه إن مات المولى أولاً فعتقت نفذ نكاحها بعتقها فوجب عليها عدة الحرائر بالوفاة، وإن مات الزوج أولاً وجب عليها حيضتان فيجمع بينهما احتياطاً.

ولو حاضت حيضتين بين موتيهما فعليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض لأنه إن مات المولى أولاً فعتقت فنفذ نكاحها فلما مات الزوج وجب عليها عدة الشهور، وإن مات الزوج أولاً، ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث حيض فيجمع بين الشهور والحيض احتياطاً.

ولو اشترى الرجل زوجته ولـه منها ولد فأعتقها فعليها ثلاث حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لأنه لما اشتراها فقد فسد نكاحها ووجبت عليها العدة فصارت معتدة في حق غيره وإن لم تكن معتدة في حقه بدليل أنه لا يجوز له أن يزوجها، فإذا أعتقها صارت معتدة في حقه وفي حق غيره، لأن المانع من كونها معتدة في حقه هو إباحة وطئها، وقد زال ذلك بزوال ملك اليمين فزال المانع فظهر حكم العدة في حقه أيضاً فيجب عليها حيضتان من فساد النكاح وهما معتبران من الإعتاق أيضاً، وعدة النكاح يجب فيها الإحداد.

وأما الحيضة الثالثة: فإنما تجب من العتق خاصة وعدة العتق لا إحداد فيها، فإن كان طلقها قبل أن يشتريها تطليقة واحدة بائنة ثم اشتراها حل له وطؤها وكان لها أن تتزين، لأن ملك اليمين سبب لحل الوطء في الأصل لا لمانع وماؤه لا يصلح مانعاً لوطئه كما لو جدد النكاح، فإذا حل له وطؤها سقط عنها الإحداد، فإن حاضت ثلاث حيض قبل العتق، ثم أعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد في العتق ثلاث حيض، لأنها وإن لم تكن معتدة في حقه بعد الشراء فهي معتدة في حق غيره بدليل أنه لا يجوز له أن يتزوجها، فإذا مضت

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٤).

الحيض بعد وجوب العدة وجه من الوجوه تعتد بها، فإذا أعتقها وجب عليها بالعتق عدة أخرى وهي عدة أم الولد ثلاث حيض، وإذا اشترى المكاتب زوجته ثم مات وترك وفاء فأدت المكاتبة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل، ووجبت عليها العدة من فساد النكاح حيضتان إذا كانت لم تلد منه وقد دخل بها.

أما فساد النكاح قبل موته بلا فصل فلأن المكاتب إذا مات وترك وفاء فأدى يحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وإذا أعتق ملكها الآن ففسد نكاحها.

وأما وجوب العدة عليها حيضتان فلأنها بانت وهي أمة، فإن كانت ولدت فعليها تمام ثلاث حيض، لأنها أم ولد فيجب عليها حيضتان بالنكاح والعتق وحيضة بالعتق خاصة، فإن لم يترك وفاءً ولم تلد منه فعليها شهران وخمسة أيام دخل بها أو لم يدخل بها إذا لم تكن ولدت منه، لأنه لما مات عاجزاً لم يفسد نكاحها، لأنه مات عبداً فلم يملكها فمات عن منكوحته وهي زوجته أمة فيجب عليها شهران وخمسة أيام عدة الأمة في الوفاة، ويستوي فيه الدخول وعدم الدخول، لأن العدة عدة الوفاة، فإن كانت ولدت منه سعت وسعى ولدها على نجومه فإن عجزا فعدتها شهران وخمسة أيام لما بينا، فإن أديا عتقا وعتق المكاتب فإن كان الأداء في العدة فعليها ثلاث حيض مستأنفة من يوم عتقا يستكمل فيها شهرين وخمسة أيام من يوم مات المكاتب، لأن الأصل أن المكاتب إذا ترك ولداً ولم يترك وفاء فاكتسب الولد وأدى يحكم بعتق المكاتب في الحال ويستند إلى ما قبل الموت من طريق الحكم، لأنه إذا لم يترك وفاء فقد مات عاجزاً في الظاهر فلم يحكم بعتقه قبل موته مع العجز وإنما يحكم عند الأداء فيحكم بعتقه للحال ثم يستند فيعتق بعتقه ويجب عليها الحيض بعد العتق بخلاف ما إذا ترك وفاء/ [أ/١٠٧/ج] لأنه إذا كان له مال فالدين وهو بدل الكتابة ينتقل من ذمته إلى المال فيمنع ظهور العجز، فإذا أدى يحكم بسقوط الدين الكتابة عنه وسلامته للمولى في آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق في ذلك الوقت.

وعند زفر: في الفصلين جميعاً يحكم بعتقه قبل الموت ويجعل الولد إذا أدى كالكسب إذا أدى عنه، والمسألة تعرف في موضع آخر، فإن أديا فعتقا بعدما انقضت العدة بالشهرين وخمسة أيام فعليها ثلاث حيض مستقبلة، لأن عدة الوفاة لما انقضت تجدد وجوب عدة أخرى بالعتق، فكان عليها أن تعتد بها.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن محمد: إذا اشترى المكاتب امرأته وولده منها ومات ترك وفاء من ديون له أو مال فعدتها ثلاث حيض في شهرين وخمسة أيام لأني لا أعلم يؤدي المال فيحكم بعتقه أو بنوي فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين.

ولو تزوج المكاتب بنت مولاه، ثم مات المولى ومات المكاتب وترك وفاء فعليها أربعة أشهر وعشر دخل بها أو لم يدخل بها، لأن النكاح عندنا لا يفسد بموت المولى، فإذا مات المكاتب عن منكوحته الحرة وجبت عليها عدة الحرائر وإن لم يترك وفاء فعليها ثلاث حيض إن كان قد دخل بها وإن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها لأنه مات عاجزاً فملكته قبل موته وانفسخ النكاح ووجبت عليها العدة بالفرقة في حال الحياة إن كان دخل بها وإلا فلا.

فصل: وأما أحكام العدة:

فمنها أنه لا يجوز للأجنبي نكاح المعتدة لقوله تعالى: ﴿ولاَ تَعْزِموا عُقدَةَ النّكاحِ حتى يبلغَ الكتاب أجله﴾[١] قيل: أي لا تعزموا على عقدة النكاح، وقيل: أي لا تعقدوا عقد النكاح حتى ينقضي ما كتب الله عليها من العدة، ولأن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه، وبعد الثلاث والبائن قائم من وجه حال قيام العدة لقيام بعض الآثار والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطاً.

ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها، لأن النهي عن التزوج للأجانب لا للأزواج، لأن عدة الطلاق إنما لزمتها حقاً للزوج لكونها باقية على حكم نكاحه من وجه فإنما يظهر في حق التحريم على الأجنبي لا على الزوج إذ لا يجوز أن يمنع حقه.

ومنها: أنه لا يجوز للأجنبي خطبة المعتدة صريحاً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها.

أما المطلقة طلاقاً رجعياً فلأنها زوجة المطلق لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يجوز خطبتها كما لا تجوز قبل الطلاق.

وأما المطلقة ثلاثاً أو بائناً والمتوفى عنها زوجها فلأن النكاح حال قيام العدة قائم من كل وجه لقيام بعض آثاره كالثابت من كل وجه في باب الحرمة، ولأن التصريح بالخطبة حال قيام النكاح من وجه وقوف موقف التهمة ورتع حول الحمى، وقد قال النبيُّ ﷺ: «مَنْ كان يؤمن باللّهِ واليومِ الآخِر فلا يَقِفَنَّ مواقفَ التُّهم»[٢] وقال ﷺ «مَنْ رَتَعَ حَولَ الحِمَى يُوشِكُ أن يَقَعَ فيهِ»[٣] فلا يجوز التصريح بالخطبة في العدة أصلاً.

وأما التعريض فلا يجوز أيضاً في عدة الطلاق، ولا بأس به في عدة الوفاة، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لا يجوز للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها أصلاً بالليل ولا بالنهار فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس والإظهار بذلك بالحضور إلى بيت زوجها قبيح.

وأما المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج نهاراً فيمكن التعريض على وجه لا يقف عليه سواها.

والثاني: أن تعريض المطلقة اكتساب عداوة وبغض فيما بينها وبين زوجها إذ العدة من حقه بدليل أنه إذا لم يدخل بها لا تجب العدة ومعنى العداوة لا يتقدر بينها وبين الميت ولا بينها وبين ورثته أيضاً، لأن العدة في المتوفى عنها زوجها ليست لحق الزوج بدليل أنها تجب قبل الدخول بها فلا يكون التعريض في هذه العدة نسبياً إلى العداوة والبغض بينها وبين ورثة المتوفى فلم يكن بها بأس، والأصل في جواز التعريض في عدة الوفاة قوله تعالى: ﴿ولا جُنَاحَ عَليكُمْ فِيمَا عَرَّضتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّساءِ﴾[٤].

واختلف أهل التأويل في التعريض أنه ما هو، قال بعضهم: هو أن يقول لها إنك لجميلة وإني فيك لراغب وإنك لتعجبيني أو إني لأرجو أن نجتمع أو ما أجاوزك إلى غيرك وإنك لنافعة، وهذا غير سديد، ولا

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٥).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٥).

يحل لأحد أن يشافه امرأة أجنبية لا يحل له نكاحها للحال بمثل هذه الكلمات، لأن بعضها صريح في الخطبة وبعضها صريح في إظهار الرغبة فلا يجوز شيء من ذلك وإنما/ المرخص هو التعريض وهو أن يرى من نفسه [ب/١٠٧/ج] الرغبة في نكاحها بدلالة في الكلام من غير تصريح به إذ التعريض في اللغة هو تضمين الكلام في الدلالة على شيء من غير التصريح به بالقول على ما ذكر في الخبر «أنَّ فاطمة بنت قيس لما استشارت رسول الله ﷺ وهي معتدة، فقال لها: إذَا انقضتْ عِدَّتُكِ فَآذنيني فآذنته فِي رَجُلين كانا خطباها فقال لها: أما فلان فإنه لا يَرْفَعُ العَصَا عَنْ عَاتِقِهِ، وأما فلان فإنّه صعلوكٌ لا مَالَ لَهُ فهلْ لَكِ في أسامة بن زيدٍ»[1] فكان قوله ﷺ آذنيني كناية خطاب إلى أن أشار عليه الصلاة والسلام إلى أسامة بن زيد وصرح به.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: التعريض بالخطبة أن يقول لها: أريد أن أتزوج امرأة من أمرها كذا وكذا يعرض لها بالقول والله عز وجل أعلم.

ومنها: حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات دون بعض، وجملة الكلام في هذا الحكم أن المعتدة لا تخلو: إما أن تكون معتدة من نكاح صحيح، وإما أن تكون معتدة من نكاح فاسد ولا تخلو: إما أن تكون حرة، وإما تكون أمة بالغة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة مسلمة أو كتابية مطلقة أو متوفى عنها زوجها، والحال حال الاختيار أو حال الاضطرار، فإن كانت معتدة من نكاح صحيح وهي حرة مطلقة بالغة عاقلة مسلمة، والحال حال الاختيار فإنها لا تخرج ليلاً ولا نهاراً سواء كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً أو رجعياً.

أما في الطلاق الرجعي فلقوله تعالى: ﴿لاَ تخرجوهُنَّ من بيوتهنّ ولا يَخْرُجْنَ إلا أنْ يأتينَ بِفَاحِشَةٍ مُبينةٍ﴾[2] قيل في تأويل قوله عز وجل: ﴿إلا أنْ يأتينَ بِفَاحِشَةٍ مبينة﴾ إلا أن تزني فتخرج لإقامة الحد عليها، وقيل: الفاحشة هي الخروج نفسه أي إلا أن يخرجن فيكون خروجهن فاحشة، نهى الله تعالى الأزواج عن الإخراج والمعتدات عن الخروج.

وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حيثُ سَكَنْتُمْ﴾[3] والأمر بالإسكان نهي عن الإخراج والخروج، ولأنها زوجته بعد الطلاق الرجعي لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يباح لها الخروج كما قبل الطلاق، إلا أن بعد الطلاق لا يباح لها الخروج وإن أذن لها بالخروج بخلاف ما قبل الطلاق، لأن حرمة الخروج بعد الطلاق لمكان العدة، وفي العدة حق الله تعالى فلا يملك إبطاله، بخلاف ما قبل الطلاق لأن الحرمة ثمة لحق الزوج خاصة فيملك إبطال حق نفسه بالإذن بالخروج ولأن الزوج يحتاج إلى تحصين مائه، والمنع من الخروج طريق التحصين للماء، لأن الخروج يريب الزوج أنه وطئها غيره فيشتبه النسب إذا حبلت.

وأما في الطلاق الثلاث أو البائن فلعموم النهي ومساس الحاجة إلى تحصين الماء على ما بينا، وأما المتوفى عنها زوجها فلا تخرج ليلاً، ولا بأس بأن تخرج نهاراً في حوائجها لأنها تحتاج إلى الخروج بالنهار لاكتساب ما تنفقه، لأنه لا نفقة لها من الزوج المتوفى بل نفقتها عليها فتحتاج إلى الخروج لتحصيل النفقة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سورة الطلاق، الآية: (١).

(٣) سورة الطلاق، الآية: (٦).

ولا تخرج بالليل لعدم الحاجة إلى الخروج بالليل بخلاف المطلقة فإن نفقتها على الزوج فلا تحتاج إلى الخروج حتى لو اختلعت بنفقة عدتها بعض مشايخنا قالوا: يباح لها الخروج بالنهار للاكتساب لأنها بمعنى المتوفى عنها زوجها.

وبعضهم قالوا: لا يباح لها الخروج لأنها هي التي أبطلت النفقة باختيارها والنفقة حق لها فتقدر على إبطاله، فأما لزوم البيت فحق عليها فلا تملك إبطالة، وإذا خرجت بالنَّهار في حوائجها لا تبيت عن منزلها الذي تعتد فيه، والأصل فيه ما روي: «أَنَّ فريعةَ أختَ أبي سعيد الخدري رضي الله عنهُ لما قُتِلَ زَوجها أتت النَّبي ﷺ فاستأذَنَتهُ في الانتقالِ إلى بني خُدرة فقال لها: امكثي في بيتكِ حَتى يبلغ الكِتَابُ أجلَهُ»[1].

وفي رواية لما استأذنت أذن لها ثم دعاها فقال أعيدي المسألة، فأعادت فقال: «لا حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أجلَهُ».

أفادنا الحديث حكمين: إباحة الخروج بالنهار وحرمة الانتقال حيث لم ينكر خروجها، ومنعها ﷺ من الانتقال فدل على جواز الخروج بالنهار من غير انتقال.

وروى علقمة: أن نسوة من همدان نُعِيَ إليهن أزواجهن فسألن ابن مسعود رضي الله عنه فقلن: إنا نستوحش «فأمرهن أن يجتمعن بالنهار فإذا كان بالليل فلترحْ كَلُّ امرأةٍ إلى بَيتِها».

وروي عن محمد أنه قال: لا بأس أن تنام عن بيتها أقل من نصف الليل لأن البيتوته في العرف عبارة عن الكون في البيت أكثر الليل فما دونه لا يسمى بيتوتة في العرف، ومنزلها الذي تؤمر بالسكون فيه للاعتداد هو الموضع الذي كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته، سواء كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن، لأن الله تعالى أضاف البيت إليها بقوله عز وجل: ﴿لاَ تُخْرِجُوهُـنَّ مِنْ بيوتِهنَّ﴾[2] والبيت المضاف إليها/ هو الذي [١٠٨/أ/ج] تسكنه، ولهذا قال أصحابنا: إنها إذا زارت أهلها فطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها الذي كانت تسكن فيه فتعتد ثمة لأن ذلك هو الموضع الذي يضاف إليها وإن كانت هي في غيره، وهذا في حالة الاختيار.

وأما في حالة الضرورة فإن اضطرت إلى الخروج من بيتها بأن خافت سقوط منزلها أو خافت على

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٩١) في الطلاق، باب حكم المتوفى عنها زوجها برقم (٨٧).
والشافعي في «الرسالة» صفحة (٤٣٨ ـ ٤٣٩) المسألة (١٢١٤) وأحمد في «المسند» (٦/ ٣٧٠).
والدارمي في «سننه» في الطلاق، باب خروج المتوفى عنها زوجها (٢/ ١٦٨).
وأبو داود في «سننه» في الطلاق، باب في المتوفى عنها زوجها تنتقل برقم (٢٣٠٠).
والترمذي في «جامعه» في الطلاق، باب ما جاء أين تعتد برقم (١٢٠٤).
والنسائي في «المجتبى من السنن» في الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها.
وابن ماجه في «سننه» في الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها برقم (٢٠٣١).
وصححه ابن حبان برقم (١٣٣٢) كما في «الموارد».
وصححه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٢٠٨) وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

(٢) سورة الطلاق، الآية: (١).

متاعها، أو كان المنزل بأجرة ولا تجد ما تؤديه في أجرته في عدة الوفاة فلا بأس عند ذلك أن تنتقل، وإن كانت تقدر على الأجرة لا تنتقل.

وإن كان المنزل لزوجها وقد مات عنها فلها أن تسكن في نصيبها إن كان نصيبها من ذلك ما تكتفي به في السكنى وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها وإن كان نصيبها لا يكفيها أو خافت على متاعها منهم فلا بأس أن تنتقل وإنما كان كذلك لأن السكنى وجبت بطريق العبادة حقاً لله تعالى عليها، والعبادات تسقط بالأعذار.

وقد روي: «أنه لما قتل عمر رضي الله عنه نقل علي رضي الله عنه أم كلثوم رضي الله عنها لأنها كانت في دار الإجارة».

وقد روي أن عائشة رضي الله عنها: نقلت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنه لما قتل طلحة رضي الله عنه» فدل ذلك على جواز الانتقال للعذر. وإذا كانت تقدر على أجرة البيت في عدة الوفاة فلا عذر فلا تسقط عنها العبادة كالمتيمم إذا قدر على شراء الماء بأن وجد ثمنه وجب عليه الشراء وإن لم يقدر لا يجب لعذر العدم، كذا ههنا.

وإذا انتقلت لعذر يكون سكناها في البيت الذي انتقلت إليه بمنزلة كونها في المنزل الذي انتقلت منه في حرمة الخروج عنه، لأن الانتقال من الأول إليه كان لعذر فصار المنزل الذي انتقلت إليه كأنه منزلها من الأصل فلزمها المقام فيه حتى تنقضي العدة. وكذا ليس للمعتدة من طلاق ثلاث أو بائن أن تخرج من منزلها الذي تعتد فيه إلى سفر إذا كانت معتدة من نكاح صحيح وهي على الصفات التي ذكرناها.

ولا يجوز للزوج أن يسافر بها أيضاً لقوله تعالى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بيوتِهنَّ ولا يَخْرُجْنَ﴾[1].

وقوله عز وجل: ﴿هن﴾ كناية عن المعتدات ولأن الزوجية قد زالت بالثلاث والبائن فلا يجوز له المسافرة بها.

وكذا المعتدة من طلاق رجعي ليس لها أن تخرج إلى سفر، سواء كان سفر حج فريضة أو غير ذلك لا مع زوجها ولا مع محرم غيره حتى تنقضي عدتها أو يراجعها لعموم قوله تعالى: ﴿لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بيوتِهنَّ وَلا يَخْرُجْنَ﴾ من غير فصل بين خروج وخروج.

ولما ذكرنا أن الزوجية قائمة، لأن ملك النكاح قائم فلا يباح لها الخروج لأن العدة لما منعت أصل الخروج فلأن تمنع من خروج مديد وهو الخروج إلى السفر أولى، وإنما استوى فيه سفر الحج وغيره، وإن كان حج الإسلام فرضاً لأن المقام في منزلها واجب لا يمكن تداركه بعد انقضاء العدة، وسفر الحج واجب يمكن تداركه بعد انقضاء العدة، لأن جميع العمر وقته فكان تقديم واجب لا يمكن تداركه بعد الفوت جمعاً بين الواجبين فكان أولى، وليس لزوجها أن يسافر بها عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لَهُ ذَلِكَ.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).

واختلف مشايخنا في تخريج قول زفر:

قال بعضهم: إنما قال ذلك لأنه قد ثبت من أصل أصحابنا أن الطلاق الرجعي عدم في حق الحكم قبل انقضاء العدة فكان الحال قبل الرجعة وبعدها سواء.

وقال بعضهم: إنما قال ذلك لأن المسافرة بها رجعة عنده دلالة.

ووجهه: أن إخراج المعتدة من بيت العدة حرام فلو لم يكن من قصده الرجعة لم يسافر بها ظاهراً تحرزاً عن الحرام فيجعل المسافرة بها رجعة دلالة حملاً لأمره على الصلاح صيانة له عن ارتكاب الحرام، ولهذا جعلنا القبلة واللمس عن شهوة رجعة. كذا هذا.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لاَ تُخْرِجُوهـنَّ مِنْ بيوتهنّ وَلا يَخْرُجْنَ إلا أَنْ يَأتينَ بِفَاحِشَةٍ مبينةٍ﴾[1] نهى الأزواج عن الإخراج والنساء عن الخروج، وبه تبين فساد التخريج الأول، لأن نص الكتاب العزيز يقتضي حرمة إخراج المعتدة، وإن كان ملك النكاح قائماً في الطلاق الرجعي فيترك القياس في مقابلة النص، وإليه أشار أبو حنيفة فيما روي عنه أنه قال: لا يسافر بها، ليس من قبل أنه غير زوج وهو زوج وهو بمنزلة المحرم، لكن الله تعالى قـال: ﴿لا تُخْرِجُوهنَّ مِنْ بيوتهنَّ وَلا يَخْرجُنّ﴾[2].

وأما التخريج الثاني وهو قولهم: إن مسافرة الزوج بها دلالة الرجعة فممنوع وماذ كروا أن الظاهر أنه يريد الرجعة تحرزاً عن الحرام فذلك فيما كان النهي في التحريم ظاهراً، فأما فيما كان خفياً فلا، / وحرمة [ب/١٠٨/ج] إخراج المعتدة عن طلاق رجعي مع قيام ملك النكاح من كل وجه مما لا يخفى عن الفقهاء فضلاً عن العوام فلا يثبت الامتناع عنه من طريق الدلالة مع ما أن الخلاف ثابت فيما إذا كان الزوج يقول: إنه لا يراجعها نصاً ولا معتبر بالدلالة مع التصريح بخلافها، وإذا لم تكن المسافرة بها دلالة الرجعة، فلو أخرجها لأخرجها مع قيام العَدة، وهذا حرام بالنص. وقد قالوا: فيمن خرجت محرمة فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أنها ترجع وتصير بمنزلة المحصر لأنها صارت ممنوعة من المضي في حجها لمكان العدة، فأما إذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة وعادت الزوجية فجاز له السفر بها.

ويستوي الجواب في حرمة الخروج والإخراج إلى السفر وما دون ذلك لعموم النهي، إلا أن النهي عن الخروج والإخراج إلى ما دون السفر أخف لخفة الخروج والإخراج في نفسه.

وإذا خرج مع امرأته مسافراً فطلقها في بعض الطريق أو مات عنها، فإن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعداً رجعت إلى مصرها لأنها لو مضت لاحتاجت إلى إنشاء سفر وهي معتدة، ولو رجعت ما احتاجت إلى ذلك فكان الرجوع أولى كما إذا طلقت في المصر خارج بيتها أنها تعود إلى بيتها كذا هذا.

وإن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعداً، وبينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام فإنها تمضي لأنه

(١) سورة الطلاق، الآية: (١).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (١).

ليس في المضي إنشاء سفر، وفي الرجوع إنشاء سفر والمعتدة ممنوعة عن السفر، وسواء كان الطلاق في موضع لا يصلح للإقامة كالمفازة ونحوها أو في موضع يصلح لها كالمصر ونحوها.

وإن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام، وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعداً، فإن كان الطلاق في المفازة أو في موضع لا يصلح للإقامة بأن خافت على نفسها أو متاعها فهي بالخيار إن شاءت مضت، وإن شاءت رجعت لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر سواء كان معها محرم أو لم يكن.

وإذا عادت أو مضت فبلغت أدنى المواضع فهي بالخيار إن شاءت مضت، وإن شاءت رجعت إلى التي تصلح للإقامة في مضيها أو رجوعها أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرماً بلا خلاف.

وإن وجدت فكذلك عند أبي حنيفة، لأنه لو وجد الطلاق فيه ابتداءً لكان لا يجوز لها أن تتجاوزه عنده، وإن وجدت محرماً فكذا إذا وصلت إليه، وإن كان الطلاق في المصر أو في موضع يصلح للإقامة اختلف فيه، قال أبو حنيفة: تقيم فيه حتى تنقضي عدتها ولا تخرج بعد انقضاء عدتها إلا مع محرم حجاً كان أو غيره، وقال أبو يوسف ومحمد إن كان معها محرم مضت على سفرها.

وجه قولهما: أن حرمة الخروج ليست لأجل العدة بل لمكان السفر بدليل أنه يباح لها الخروج إذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها مسيرة ثلاثة أيام، ومعلوم أن الحرمة الثابتة للعدة لا تختلف بالسفر وغير السفر، وإذا كانت الحرمة لمكان السفر تسقط بوجود المحرم.

ولأبي حنيفة أن العدة مانعة من الخروج والسفر في الأصل إلا أن الخروج إلى ما دون السفر ههنا سقط اعتباره، لأنه ليس بخروج مبتدأ بل هو خروج مبني على الخروج الأول فلا يكون له حكم نفسه بخلاف الخروج من بيت الزوج، لأنه خروج مبتدأ، فإذا كان من الجانبين جميعاً مسيرة سفر كانت منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم وما حرم لأجل العدة لا يسقط بوجود المحرم.

وأما المعتدة في النكاح الفاسد فلها أن تخرج، لأن أحكام العدة مرتبة على أحكام النكاح بل هي أحكام النكاح السابق في الحقيقة بقيت بعد الطلاق والوفاة والنكاح الفاسد لا يفيد المنع من الخروج، فكذا العدة إلا إذا منعها الزوج لتحصين مائه فله ذلك.

وأما الأمة والمدبَّرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة فيخرجن في ذلك كله من الطلاق والوفاة، أما الأمة فلما ذكرنا أن حال العدة مبنية على حال النكاح ولا يلزمها المقام في منزل زوجها في حال النكاح كذا في حال العدة، ولأن خدمتها حق المولى، فلو منعناها من الخروج لأبطلنا حق المولى في الخدمة من غير رضاه وهذا لا يجوز إلا إذا بوّأها مولاها منزلاً فحينئذٍ لا تخرج ما دامت على ذلك، لأنه رضي بسقوط حق نفسه، وإن أراد المولى أن يخرجها فله ذلك، لأن الخدمة للمولى وإنما كان أعارها للزوج وللمعير أن يسترد العارية، ولما ذكرنا أن حال العدة معتبرة بحال النكاح مرتبة عليها، ولو بوأها المولى في حال النكاح كان للزوج أن/ [١٠٩/أ/ج] يمنعها من الخروج حتى يبدو للمولى فكذا في حال العدة.

وروى ابن سماعة عن محمد في الأمة إذا طلقها زوجها وكان المولى مستغنياً عن خدمتها فلها أن تخرج وإن لم يأمرها لأنه قال إذا جاز لها أن تخرج بإذنه جاز لها أن تخرج بكل وجه، ألا ترى أن حرمة الخروج

لحق الله تعالى، فلو لزمها لم يسقط بإذنه، وكذلك المدبرة لما قلنا، وكذلك أم الولد إذا طلقها زوجها أو مات عنها، لأنها أمة المولى، وكذا إذا عتقت أو مات عنها سيدها لها أن تخرج، لأن عدتها عدة وطء فكانت كالمنكوحة نكاحاً فاسداً.

وأما المكاتبة فلأن سعايتها حق المولى إذ بها يصل المولى إلى حقه فلو منعناها من الخروج لتعذرت عليها السعاية والمعتق بعضها بمنزلة المكاتبة عند أبي حنيفة وعندهما حرة، ولو أعتقت الأمة في العدة يلزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم الحرة لأن المانع من الخروج قد زال.

وأما الصغيرة فلها أن تخرج من منزلها إذا كانت الفرقة لا رجعة فيها سواء أذن الزوج لها أو لم يأذن، لأن وجوب السكنى في البيت على المعتدة لحق الله تعالى وحق الزوج، وحق الله عز وجل لا يجب على الصبي، وحق الزوج في حفظ الولد ولا ولد منها، وإن كانت الفرقة رجعية فلا يجوز لها الخروج بغير إذن الزوج، لأنها زوجته وله أن يأذن لها بالخروج، وكذا المجنونة لها أن تخرج من منزلها، لأنها غير مخاطبة كالصغيرة إلا أن لزوجها أن يمنعها من الخروج لتحصين مائه بخلاف الصغيرة، فإن الزوج لا يملك منعها، لأن المنع في حق المجنونة لصيانة الماء لاحتمال الحبل والصغيرة لا تحبل والمنع من الطلاق الرجعي لكونها زوجته.

وأما الكتابية فلها أن تخرج، لأن السكنى في العدة حق الله تعالى من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه، والكفار لا يخاطبون بشرائع هي عبادات إلا إذا منعها الزوج من الخروج لتحصين مائه، لأن الخروج حق في العدة وهو صيانة مائه عن الاختلاط، فإن أسلمت الكتابية في العدة لزمها فيما بقي من العدة ما يلزم المسلمة، لأن المانع من اللزوم وهو الكفر وقد زال بالإسلام، وكذا المجوسية إذا أسلم زوجها وأبت الإسلام حتى وقعت الفرقة ووجبت العدة، فإن كان الزوج قد دخل بها لها أن تخرج لما قلنا إلا إذا أراد الزوج منعها من الخروج لتحصين مائه، فإذا طلب منها ذلك يلزمها، لأن حق الإنسان يجب إبقاؤه عند طلبه، ولو قبلت المسلمة ابن زوجها حتى وقعت الفرقة ووجبت العدة إذا كان بعد الدخول فليس لها أن تخرج من منزلها، لأن السكنى في العدة فيها حق الله تعالى وهي مخاطبة بحقوق الله عز وجل.

وأما بعد انقضاء العدة فلها أن تخرج إلى ما دون مسيرة سفر بلا محرم، لأنها تحتاج إلى ذلك فلو شرط له المحرم لضاق الأمر عليها وهذا لا يجوز، ولا يجوز لها أن تخرج إلى مسيرة سفر إلا مع المحرم.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها**»[1] وسواء كان المحرم من النسب أو الرضاع أو المصاهرة، لأن النص وإن ورد في ذي الرحم المحرم فالمقصود هو المحرمية وهو حرمة المناكحة بينهما على التأبيد وقد وجد فكان النص الوارد في ذي الرحم المحرم وارداً في المحرم بلا رحم دلالة، ومنها وجوب الإحداد على المعتدة، والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع.

(١) تقدم تخريجه.

أحدها: في تفسير الإحداد. والثاني: في بيان أن الإحداد واجب في الجملة أو لا والثالث: في بيان شرائط وجوبه.

أما الأول فالإحداد في اللغة عبارة عن الامتناع من الزينة يقال: أحدت على زوجها وحدت أي امتنعت من الزينة وهو أن تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب الدهن والكحل ولا تختضب ولا تمتشط ولا تلبس حلياً ولا تتشوَّف.

أما الطِّيب: فلما روت أم سلمة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ نهى المعتدة أنْ تختَضبَ بالحناء»[1] وقال ﷺ: «الحناءُ طيب»[2] فيدل على وجوب اجتناب الطيب، ولأن الطيب فوق الحناء فالنهي عن الحناء يكون نهياً عن الطيب دلالةً كالنهي عن التأفيف نهيٌ عن الضرب والقتل دلالة، وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران له رائحة طيبة فكان كالطيب، وأما الدُّهن فلما فيه من زينة الشعر، وفي الكحل زينة العين، ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار، فأما في حال الضرورة فلا بأس به بأن اشتكت عينها فلا بأس بأن تكتحل أو اشتكت رأسها فلا بأس أن تصب فيه الدهن/ أو لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ فلا بأس أن تلبسه لكن لا تقصد به الزينة، لأن مواضع الضرورة مستثناة. [ب/١٠٩/ج]

وقال أبو يوسف: لا بأس أن تلبس القصب والخز الأحمر، وذكر في الأصل وقال ولا تلبس قصباً ولا خزاً تتزين به، لأن الخز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والرفاء فاعتبر فيه القصد، فإن قصد به الزينة لم يجز وإن لم يقصد به جاز.

وأما الثاني: وهو بيان أنه واجب أم لا، فنقول: لا خلاف بين الفقهاء أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الإحداد، وقال نفاة القياس: لا إحداد عليها وهم محجوجون بالأحاديث وإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

أما الأحاديث فمنها: ما روي أنّ أُمَّ حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبـي سفيان انتظرتْ ثلاثةَ أيام ثمَّ دعتْ بطيبٍ وقالت مالي إلى الطِّيب مِنْ حَاجةٍ لكنْ سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ: «لا يَحِلُّ لامرأةٍ تؤمنُ باللهِ واليوم الآخر أَنْ تحدَّ على ميتٍ فوقَ ثلاثةِ أيامٍ إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»[3] وروي أن امرأةً ماتَ زَوجُها فجاءت إلى رسولِ الله ﷺ تستأذنُه في الانتقال، فقال رسولُ الله ﷺ: «إنَّ إحداكُنَّ كانَتْ تمكثُ في شر

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٣٠٢)، وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها رقم (٢٣٠٤). والنسائي في «المجتبى» كتاب الطلاق باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة (٦/ ٢٠٣، ٢٠٤) وعبد الرزاق في «المصنف» (١٢١١٤).
وأبو يعلى الموصلي في «المسند» (٧٠١٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» في كتاب الطلاق باب ما جاء في الإحداد والبخاري في «الصحيح» كتاب الطلاق باب تحد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشراً. (٥٣٣٤، ٥٣٣٥، ٥٣٣٦) ومسلم في «الصحيح» كتاب الطلاق باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة، وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام (١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٩).
وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب إحداد المتوفى عنها زوجها (٢٢٩٩) والترمذي في «السنن» كتاب الطلاق باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها (١١٩٥، ١١٩٦).
والنسائي في «المجتبى» كتاب الطلاق باب ترك الزينة للحادة المسلمة دون اليهودية والنصرانية (٦/ ٢٠١، ٢٠٢).

أحدها: في تفسير الإحداد.والثاني: في بيان أن الإحداد واجب في الجملة أو لا والثالث: في بيان شرائط وجوبه.

أما الأول فالإحداد في اللغة عبارة عن الامتناع من الزينة يقال: أحدت على زوجها وحدت أي امتنعت من الزينة وهو أن تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب الدهن والكحل ولا تختضب ولا تمتشط ولا تلبس حلياً ولا تتشوَّف.

أما الطِّيب: فلما روت أم سلمة رضي الله عنها: «**أن النبـي ﷺ نهى المعتدة أنْ تختَضبَ بالحناء**»[1] وقال ﷺ: «**الحناءُ طيب**»[2] فيدل على وجوب اجتناب الطيب، ولأن الطيب فوق الحناء فالنهي عن الحناء يكون نهياً عن الطيب دلالةً كالنهي عن التأفيف نهيٌ عن الضرب والقتل دلالة، وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران له رائحة طيبة فكان كالطيب، وأما الدُّهن فلما فيه من زينة الشعر، وفي الكحل زينة العين، ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار، فأما في حال الضرورة فلا بأس به بأن اشتكت عينها فلا بأس بأن تكتحل أو اشتكت رأسها فلا بأس أن تصب فيه الدهن/ [ب/١٠٩/ج] أو لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ فلا بأس أن تلبسه لكن لا تقصد به الزينة، لأن مواضع الضرورة مستثناة.

وقال أبو يوسف: لا بأس أن تلبس القصب والخز الأحمر، وذكر في الأصل وقال ولا تلبس قصباً ولا خزاً تتزين به، لأن الخز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والرفاء فاعتبر فيه القصد، فإن قصد به الزينة لم يجز وإن لم يقصد به جاز.

وأما الثاني: وهو بيان أنه واجب أم لا، فنقول: لا خلاف بين الفقهاء أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الإحداد، وقال نفاة القياس: لا إحداد عليها وهم محجوجون بالأحاديث وإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

أما الأحاديث فمنها: ما روي أنّ أُمَّ حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبـي سفيان انتظرتْ ثلاثةَ أيامٍ ثمَّ دعتْ بطيبٍ وقالت مالي إلى الطِّيب مِنْ حَاجةٍ لكنْ سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ: «**لا يَحِلُّ لامرأةٍ تؤمنُ باللهِ واليوم الآخر أنْ تحدَّ على ميتٍ فوقَ ثلاثةِ أيامٍ إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً**»[3] وروي أن امرأةً ماتَ زَوجُها فجاءت إلى رسولِ الله ﷺ تستأذنُه في الانتقال، فقال رسولُ الله ﷺ: «**إنّ إحداكُنَّ كانَتْ تمكثُ في شرّ**

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٣٠٢)، وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها رقم (٢٣٠٤).
والنسائي في «المجتبى» كتاب الطلاق باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة (٦/ ٢٠٣، ٢٠٤) وعبد الرزاق في «المصنف» (١٢١١٤).
وأبو يعلى الموصلي في «المسند» (٧٠١٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» في كتاب الطلاق باب ما جاء في الإحداد والبخاري في «الصحيح» كتاب الطلاق باب تحد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشراً. (٥٣٣٤، ٥٣٣٥، ٥٣٣٦) ومسلم في «الصحيح» كتاب الطلاق باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة، وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام (١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٩).
وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب إحداد المتوفى عنها زوجها (٢٢٩٩) والترمذي في «السنن» كتاب الطلاق باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها (١١٩٥، ١١٩٦).
والنسائي في «المجتبى» كتاب الطلاق باب ترك الزينة للحادة المسلمة دون اليهودية والنصرانية (٦/ ٢٠١، ٢٠٢).

أحلاسها إلى الحول ثم تخرج فتلقي البعرة أفلا أربعة أشهر وعشراً»[١] فدلَّ الحديث أن عدتهنّ من قبل نزول هذه الآية كانت حولاً وإنهنَّ كنَّ في شرّ أحلاسهِنَّ مدة الحول ثم انتسخ ما زاد على هذه المدة وبقي الحكم فيما بقي على ما كان قبل النسخ وهو أن تمكث المعتدة هذه المدة في شر أحلاسها وهذا تفسير الحِدَاد.

وأما الإجماع: فإنه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم رضي الله عنهم مثل قولنا، وهو قول السلف واختلف في المطلقة ثلاثاً أو بائناً، قال أصحابنا: يلزمها الحداد، وقال الشافعي لا يلزمها الحداد.

وجه قوله: أن الحداد في المنصوص عليه إنما وجب لحق الزوج تأسفاً على ما فاتها من حسن العشرة وإدامة الصحبة إلى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة، لأن الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختيار ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف.

ولنا: أن الحداد إنما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور النفقة وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الإحداد إظهاراً للمصيبة والحزن وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الإحداد، وقوله الإحداد في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم، لأنه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما في موت الأب.

وأما الثالث: في شرائط وجوبه فهي أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثاً أو بائناً فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقاً رجعياً وهذا عندنا، وقال الشافعي يجب على الصغيرة والكتابية.

وجه قوله: أن الحداد من أحكام العدة وقد لزمتها العدة فيلزمها حكمها.

ولنا: أن الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما، بخلاف العدة فإنها اسم لمضي زمان وذا لا يختلف بالإسلام والكفر والصغر والكبر على أن بعض أصحابنا قالوا: لا تجب عليهما العدة وإنما يجب علينا أن لا نتزوجهما. ولا إحداد على أم الولد إذا أعتقها مولاها أو مات عنها، لأنها تعتد من الوطء كالمنكوحة نكاحاً فاسداً ولا إحداد على المعتدة من نكاح فاسد فكذا عليها ولا إحداد على المطلقة طلاقاً رجعياً، لأنه يجب إظهاراً للمصيبة على فوت نعمة النكاح والنكاح بعد الطلاق الرجعي غير فائت بل هو قائم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لها أن تتزين لتحسُنَ في عين الزوج فيراجعها ولا إحداد في النكاح الفاسد، لأن النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين، لأنه معصية ومن المحال إيجاب إظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب إظهار السرور والفرح على فواتها.

وأما الحرية فليست بشرط لوجوب الإحداد فيجب على الأمة والمدبرة وأم الولد إذا كان لها زوج

(١) انظر الحديث السابق.

فمات عنها أو طلقها والمكاتبة والمستسعاة، لأن ما وجب له الحداد لا يختلف بالرق والحرية فكانت الأمة فيه كالحرة، والله تعالى أعلم.

ومنها: وجوب النفقة والسكنى وهو مؤنة السكنى لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام أن المعتدة إما إن كانت/ عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق، وإما إن كانت عن وفاة، ولا يخلو من أن تكون معتدة من نكاح صحيح أو فاسد أو ما هو في معنى النكاح الفاسد، فإن كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فإن كان الطلاق رجعياً فلها النفقة والسكنى بلا خلاف، لأن ملك النكاح قائم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما نذكر من دلائل أخر، وإن كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً فلها النفقة والسكنى إن كانت حاملاً بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وإنْ كنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عليهِنَّ حتّى يضَعْنَ حملَهُنَّ﴾[1] وإن كانت حائلاً فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا. [أ/١١٠/ج]

وقال الشافعي[2]: لها السكنى ولا نفقة لها، وقال ابن أبي ليلى: لا نفقة لها ولا سكنى. واحتجا بقوله تعالى: ﴿وإنْ كُنَّ أُولاَتِ حملٍ فأنفقوا عليهنَّ حتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[3] خصّ الحامل بالأمر بالإنفاق عليها فلو وجب الإنفاق على غير الحامل لبطل التخصيص.

وروي عن فاطمة بنت قيس أنها قالت: «**طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي النبي ﷺ نفقةً ولا سكنى**»[4] ولأن النفقة تجب بالملك وقد زال الملك بالثلاث والبائن، إلا أن الشافعي يقول: عرفت وجوب السكنى في الحامل بالنص بخلاف البائن.

ولنا: قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حيثُ سكنتم مِنْ وُجْدِكُمْ﴾[5] وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ﴿أسكنوهنَّ من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم﴾ ولا اختلاف بين القراءتين لكن إحداهما تفسير الأخرى كقوله عز وجل: ﴿والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[6] وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه أيمانهما وليس ذلك اختلاف القراءة بل قراءته تفسير القراءة الظاهرة كذا هذا، ولأن الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، لأنها إذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة، فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت أو ضاق الأمر عليها وعسر وهذا لا يجوز، وقوله تعالى: ﴿لِيُنفقْ ذُو سَعَةٍ من سَعَته ومَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُه فلْيُنفِقْ ممّا آتاه الله﴾[7] مِنْ غير فصل بين ما قبل الطلاق وبعده في العدة، ولأن النفقة إنما وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحق الزوج وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة وتأبد بانضمام حق الشرع إليه، لأن الحبس قبل الطلاق كان حقاً للزوج على الخلوص وبعد

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (٤).
(٢) انظر «الأم» (٢/ ٢٥٢).
(٣) سورة الطلاق، الآية: (٤).
(٤) تقدم.
(٥) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٦) سورة المائدة، الآية: (٣٨).
(٧) سورة الطلاق، الآية: (٧).

الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج، وإن أذن الزوج لها بالخروج، فلما وجبت به النفقة قبل التأكّد فلأن تجب بعد التأكد أولى.

وأما الآية ففيها أمر بالإنفاق على الحامل وإنه لا ينفي وجوب الإنفاق على غير الحامل ولا يوجبه أيضاً فيكون مسكوتاً موقوفاً على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا.

وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد رده عمر رضي الله عنه فإنه روي «أنها لما روت أن رسولَ الله ﷺ لم يجعلْ لَهَا سكنى ولا نَفَقة، قال عمر رضي الله عنه:لا نَدَعُ كتابَ رَبِّنا ولا سنةَ نبيِّنا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبتْ، وفي بعض الروايات قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها، سمعت رسولَ الله ﷺ يقولُ «**لها السكنى والنفقة**»[1].

وقولُ عمر رضي الله عنه لا ندع كتابَ ربّنا يحتمل أنه أراد به قوله عز وجل: **﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُم وأَنفِقُوا عليهنَّ مِنْ وُجدكم﴾**[2] كما هو قراءة ابنِ مسعود رضي الله عنه ويكون هذا قراءة عمر أيضاً، ويحتمل أنه أراد قوله عز وجل: **﴿لينفق ذُو سَعَةٍ من سَعَته ومَنْ قُدِرَ عليهِ رزقه فلينفقْ ممّا آتاهُ اللّهُ﴾**[3] مطلقاً، ويحتمل أنه أراد بقوله لا ندع كتاب ربنا في السكنى خاصةً وهو قوله عز وجل: **﴿أسكنوهن مِنْ حَيثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُم﴾**[4] كما هو القراءة الظاهرة وأراد بقوله رضي الله عنه سنة نبينا ما روي عنه رضي الله عنه أنه قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول لها النفقةُ والسكنى.

ويحتمل أن يكون عند عمر رضي الله عنه في هذا تلاوة رفعت عينها وبقي حكمها فأراد بقوله لا ندع كتاب ربنا تلك الآية، كما روي عنه أنه قال في باب الزنا: «**كنا نتلو في سورة الأحزاب الشيخُ والشيخةُ إِذَا زَنَيَا فارجموهُمَا نكالاً من الله والله عزيز حكيم**»[5] ثمّ رفعت التلاوة وبقي حكمها كذا ههنا.

وروي أن زوجها أسامة بن زيد كان إذا سمعها تتحدث بذلك حصبها بكل شيء في يده[6].

وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لقَدْ فتنتِ الناسَ بهذا الحديث وأقل أحوال إنكار الصحابة على راوي الحديث أن يوجب/ طعناً فيه. ثم قد قيل في تأويله إنها كانت تبدو على أحمائها، أي تفحش [ب/١١٠/ج]

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٤١٢)، ومسلم في «صحيحه» في كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (١٤٨٠).
وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» كتاب الرضاع باب النفقة (٤٢٥٠، ٤٢٥١، ٤٢٥٢، ٤٢٥٣، ٤٢٥٤).
وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في نفقة المبتوتة رقم (٢٢٨٨).
والدارمي في «السنن» (٢/ ١٦٤، ١٦٥).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٧٥).
قال الخطابي: «والعرب تضع الكذب موضع الخطأ في كلامها. فتقول: كذب سمعي وكذب بصري ومن هذا قول النبي ﷺ للرجل الذي وصف له العسل «صدق الله، وكذب بطن أخيك» «عون المعبود» (١/ ١٦٣).

(٢) سورة الطلاق، الآية: (٦).

(٣) سورة الطلاق، الآية: (٧).

(٤) سورة الطلاق، الآية: (٦).

(٥) انظر: «أحكام القرآن» للجصاص (٢/ ٢٥٥).

(٦) أي رماها بالحصباء وهو بالمد صغار الحصى انظر «المصباح المنير» مادة الحصباء.

عليهم باللسان من قولهم بدوت على فلان، أي فحشت عليه أي كانت تطيل لسانها عليهم بالفحش فنقلها رسول الله ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى، لأنها صارت كالناشزة إذا كان سبب الخروج منها، وهكذا نقول فيمن خرجت من بيت زوجها في عدتها أو كان منها سبب أوجب الخروج أنها لا تستحق النفقة ما دامت في بيت غير الزوج وقيل إن زوجها كان غائباً فلم يقض لها بالنفقة والسكنى على الزوج لغيبته إذ لا يجوز القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر.

فإن قيل: روي أن زوجها خرج إلى الشام وقد كان وكل أخاه؛ فالجواب أنه إنما وكله بطلاقها ولم يوكله بالخصومة.

وقولهما: إن النفقة تجب لها بمقابلة الملك ممنوع، فإن للملك ضماناً آخر وهو المهر على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وإنما تجب بالاحتباس وقد بقي بعد الطلاق الثلاث والبائن فتبقى النفقة، وسواء كانت المعتدة عن طلاق كبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية، لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل ولا نفقة ولا سكنى للأمة المعتدة عن طلاق إذا لم يبوِّئها المولى بيتاً لأنه إذا لم يبوئها المولى بيتاً فحق الحبس لم يثبت للزوج.

ألا ترى أن لها أن تخرج، فإن كان المولى قد بوأها بيتاً فلها السكنى والنفقة لثبوت حق الحبس للزوج، وكذلك المدبرة وأم الولد إذا طلقهما وبوأهما المولى بيتاً أو لم يبوئهما، لأن كل واحدة منهما أمة، وكذا المكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة، وإن أعتقت أم الولد أو مات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى لأنها غير محبوسة.

ألا ترى أن لها أن تخرج فلا تجب لها النفقة والسكنى كالمعتدة من نكاح فاسد لأن عدتها كعدة المنكوحة نكاحاً فاسداً، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق من نكاح صحيح، فإن كانت معتدةً من نكاح فاسدٍ فلا سكنى لها ولا نفقة لما ذكرنا أن حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى ولا نفقة في النكاح الفاسد فكذا في العدة منه، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق، فإن كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق من نكاح صحيح، فإن كانت الفرقة من قبله فلها النفقة والسكنى كيفما كانت الفرقة، وإن كانت من قبلها، فإن كانت بسبب ليس بمعصية كالأمة إذا أعتقت فاختارت نفسها، وامرأة العنين إذا اختارت الفرقة فلها السكنى والنفقة، وإن كانت بسبب هو معصية كالمسلمة قبلت ابن زوجها بشهوة، قالوا لا نفقة لها ولها السكنى، لأن السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى.

وأما النفقة فتجب حقاً لها على الخلوص. فإذا وقعت الفرقة من قبلها بغير حق فقد أبطلت حق نفسها بخلاف المعتقة وامرأة العنين، لأن الفرقة وقعت من قبلهما بحق فلا تسقط النفقة.

هذا إذا كانت معتدة عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق، فإن كانت معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سواء كانت حائلاً أو حاملاً، فإن النفقة في باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر وإنما تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان، فإذا مات الزوج انتقل ملك أمواله إلى الورثة فلا يجوز أن تجب النفقة والسكنى في مال الورثة، وسواء كانت حرة أو أمة وكبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية،

لأن الحرة المسلمة الكبيرة لما لم تستحق النفقة والسكنى في عدة الوفاة فهؤلاء أولى، وكذا المعتدة من نكاح فاسد في الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة لأنهما لا يستحقان بالنكاح الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد أولى والله أعلم.

ومنها: ثبوت النسب إذا جاءت بولد، والكلام في هذا الموضع في موضعين في الأصل **أحدهما**: في بيان ما يثبت فيه نسب ولد المعتدة من المدة **والثاني**: في بيان ما يثبت به نسبه من الحجة أي يظهر به.

أما الأول: فالأصل فيه أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله عز وجل: ﴿**وحَمْلُه وفِصَالُه ثلاثُونَ شَهْراً**﴾[1] جعلَ اللَّهُ تعالى ثلاثين شهراً مدة الحمل والفصال جميعاً، ثم جعل سبحانه وتعالىٰ الفصال وهو الفطام في عامين بقوله وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة أشهر وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فإنه روي أن رجلاً تزوّج امرأةً فجاءت بولد لستة أشهرٍ فهمَّ عثمان رضي الله عنه برجمها، فقال ابن عباس رضي الله عنهما: أما إنه لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم[2]، قال الله تعالى: ﴿**وحَمْلُه وفِصَالُه ثلاثون شَهْراً**﴾[3] وقال الله تعالى: ﴿**وفِصَالُه في عَامَيْن**﴾[4] أشار إلى ما ذكرنا/ فدل أن أقل مدة [أ/١١١/ج] الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان عندنا، وعند الشافعي أربع سنين وهو محجوج بحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «**لا يَبْقَى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل**»[5] والظاهر أنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله ﷺ، لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزافاً وتخميناً فتعين السماع.

وأصل آخر أن كل مطلقة لم تلزمها العدة بأن لم تكن مدخولاً بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه منه وهو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر، وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه ليس منه وهو أن تجيء به لأكثر من سنتين، وإنما كان كذلك لأن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه، فكان النكاح من كل وجه زائلاً بيقين، وما زال بيقين لا يثبت إلا بيقين مثله، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق فقد تيقناً أن العلوق وجد في حال الفراش وأنه وطئها وهي حامل منه إذ لا يحتمل أن يكون بوطءٍ بعد الطلاق، لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر فكان من وطءٍ وجد على فراش الزوج وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه، فإذا جاءت بولدٍ لستةِ أشهرٍ فصاعداً لم يستيقن بكونه مولوداً على الفراش لاحتمال أن يكون بوطء بعد الطلاق، والفراش كان زائلاً بيقين فلا يثبت مع الشك.

وعلى هذا يخرج ما إذا طلق امرأته قبل الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر مذ طلقها أنه يلزمه ليقيننا بعلوقه حال قيام النكاح، وإذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك، ويستوي في

(١) سورة الأحقاف، الآية: (١٥).
(٢) انظر: «أحكام القرآن» للجصاص (٣/ ٣٥١).
(٣) سورة الأحقاف، الآية: (١٥).
(٤) سورة لقمان، الآية: (١٤).
(٥) أخرجه الدارقطني في «السنن» (٣/ ٣٢٢).

هذا الحكم ذوات الأقراء وذوات الأشهر لما قلنا.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال كل امرأةٍ أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأةً فطلقت فجاءت بولد إنها إن جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح يثبت النسب لأنها إذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح كان لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، لأن الطلاق يقع عقيب النكاح، لأن الحالف أوقعه كذلك ألا ترى أنه قال: فهي طالق والفاء للتعقيب بلا تراخي، وقال زفر: لا يثبت النسب، وروي أن محمداً كان يقول مثل قوله ثم رجع.

وجه قول زفر أن إثبات النسب بعقد إمكان بوطء ولم يوجد إذ ليس بين النكاح والطلاق زمان يسع فيه الوطء، بل كما وجد النكاح وقع الطلاق عقيبه بلا فصل فلا يتصور الوطء فلا يثبت النسب وإنا نقول يمكن تصوره بأن كان يخالط امرأة فدخل الرجال عليه فتزوجها وهم يسمعون كلامه وأنزل من ساعته وإذا تصور الوطء فالنكاح قائم مقام الوطء المنزل عند تصوره شرعاً لقوله ﷺ: «الوَلَدُ للفِرَاش»[1] وإن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب، لأن علمنا يقيناً أنه لوطءٍ وجد قبل النكاح ثم إذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح حتى يثبت النسب يجب على الزوج مهر كامل كذا ذكر في «ظاهر الرواية»، لأنها صارت في حكم المدخول بها.

وذكر أبو يوسف في «الأمالي» أن القياس أن يجب عليه مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر كامل بالدخول.

ووجهه أن يجعل الطلاق واقعاً كما تزوج فيجب نصف مهر لوجود الطلاق قبل الدخول ثم يجعل واجباً بعد الدخول بناءً على أن عنده أن الطلاق غير واقع، لأنه يرى أن تعليق النكاح بالملك لا يصلح كما هو مذهب الشافعي فيجب المهر بهذا الوطء ويثبت النسب، لأن المسألة مجتهد فيها فلا يكون فعله زنا إلا أن أبا حنيفة استحسن وقال: لا يجب إلا مهر واحد، لأنها كالمدخول بها من طريق الحكم فيتأكد المهر. وإن طلقها بعد الدخول بها فجاءت بولد، فجملة الكلام في المعتدة أن يقال المعتدة لا يخلو إما إن كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة، وإما إن كانت معتدة من وفاة، وكل واحدة منهما لا يخلو من أن تكون من ذوات الأقراء أو من ذوات الأشهر كانت أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر، فإن كانت معتدة عن طلاق فالطلاق لا يخلو إما أن يكون بائناً وإما أن يكون رجعياً، فإن كان بائناً وهي من ذوات الأقراء ولم تكن أقرت بانقضاء العدة فجاءت بولد، فإن جاءت به إلى سنتين عند الطلاق لزمه، لأنه لا يحتمل أن يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق، ويحتمل أن يكون من وطء وجد في حال قيام النكاح وكانت حاملاً وقت الطلاق، لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين/ بالاتفاق. [ب/١١١/ج]

وهذا أظهر الاحتمالين إذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج في العدة، وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن فيحمل عليه أو نقول النكاح كان قائماً بيقين، والفراش كان ثابتاً بيقين لقيام النكاح، والثابت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله، فإذا كان احتمال العلوق على الفراش قائماً لم تستيقن بانقضاء العدة وزوال النكاح من كل وجه فلم نستيقن بزوال الفراش فلا نحكم بالزوال بالشك.

---

(١) تقدم تخريجه.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين لم يلزمه إن أنكره، لأنا تيقنّا أنه ليس منه لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فلا يثبت نسبه منه ما لم يدّع، فإذا ادعى ثبت النسب منه، وهل يشترط تصديقها فيه روايتان.

واختلف في انقضاء عدتها؛ قال أبو حنيفة ومحمد يحكم بانقضائها قبل الولادة بستة أشهر وترد ما أخذت من نفقته هذه المدة، وقال أبو يوسف انقضاء عدتها بوضع الحمل ولا ترد شيئاً من النفقة.

وجه قوله: أنه يحتمل أنه وطئها أجنبي بشبهة، ويحتمل أن الزوج وطئها بشبهة فلا ترد النفقة بالشك.

ولهما: أن الولد لا بد وأن يكون من وطءٍ حادث بعد الطلاق، لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فلا يجوز أن يحمل على أن الزوج وطئها لأنه حرام ولا على أن أجنبياً وطئها بشبهةٍ، لأن ذلك حرام أيضاً، وظاهر حال المسلم التحرج عن الحرام فتعين الحمل على وطء حلال وهو الوطء في نكاح صحيح فيحمل على أن عدتها قد انقضت وتزوجت وأقل مدة الحمل ستة أشهر فوجب رد نفقة ستة أشهر، لأنه تبين أنها لم تكن عليه، وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف على أنا إن حملنا على أن أجنبياً وطئها لشبهة تسقط النفقة عن زوجها لأنهم قالوا في المنكوحة إذا تزوجت فحملت من غير زوجها إنه لا نفقة لها عليه وإن كانت أقرت بانقضاء العدة وذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة ثم جاءت بولد في سنتين، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم أقرت لزمه أيضاً. وإن جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الإقرار لم يلزمه، لأن الأصل أن المعتدة مصدقة في الإخبار عن انقضاء عدتها إذ الشرع ائتمنها على ذلك فنصدق ما لم يظهر غلطها أو كذبها بيقين، فإذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ظهر غلطها أو كذبها، لأنه تبين أنها كانت معتدة وقت الإقرار إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر فإقرارها بانقضاء العدة وهي معتدة يكون غلطاً أو يكون كذباً إذ هو إخبار عن الخبر لا على ما هو به، وهذا حد الكذب فالتحق إقرارها بالعدم.

وإذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يظهر كذبُها لاحتمال أنها تزوجت بعد إقرارها بانقضاء العدة فجاءت منه بولد فلم يكن ولدَ زنا لكن ليس له نسب معروف فلزم تصديقها في إخبارها بانقضاء عدتها على الأصل فلم يكن الولد من الزوج وهذا الذي ذكرنا مذهبنا، وقال الشافعي: إذا أقرت ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر يثبت نسبه ما لم تتزوج.

وجه قوله: أن إقرارها بانقضاء عدتها يتضمن إبطال حق الصبي وهو تضييع نسبه، لأن النسب يثبت حقاً للصبي فلا يقبل.

ولنا: ما ذكرنا أن الشرع ائتمنها في الإخبار بانقضاء عدتها حيث نهاها عن كتمان ما في رحمها والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار وإنه أمر بالقبول، وقوله: يتضمن إبطال حق الصبي في النسب ممنوع فإن إبطال الحق بعد ثبوته يكون والنسب ههنا غير ثابت لما ذكرنا في الطلاق البائن.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين لزم الزوج أيضاً وصار مراجعاً لها وإنما كان كذلك، لأن العلوق حصل من وطء بعد الطلاق ويمكن حمله على الوطء الحلال وهو وطء الزوج، لأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء فيملك وطأها ما لم تقرَّ بانقضاء العدة فوجب حمله عليه، ومتى حمل عليه صار مراجعاً بالوطء، فيثبت النسب وإن طال الزمان؛ لجواز أن تكون ممتدة الطهر فوطئها في آخر الطُّهر فعلقت فصار مراجعاً، فإن قيل

هلاّ حمل عليه فيما إذا جاءت به لأقل من سنتين ليصير مراجعاً لها، فالجواب أن هناك لا يمكن الحمل عليه، لأنه لو حمل عليه للزم إثبات الرجعة بالشك. لأن الأمر محتمل يحتمل أن يكون العلوق من وطء بعد الطلاق فيكون رجعة، ويحتمل أن يكون من وطء قبله فلا يكون رجعة فلا تثبت الرجعة مع الشك.

[١١٢/أ/ج] أما ههنا فلا يحتمل أن يكون العلوق من وطء قبل الطلاق، لأن الولد/ لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فتعين أن يكون من وطء بعد الطلاق وأمكن حمله على الوطء الحلال فيحمل عليه فيصير مراجعاً بالوطء فافترقا، وإن كانت أقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها العدة، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ أقرت لزمه، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يلزمه لما ذكرنا في الطلاق البائن.

هذا إذا كانت المعتدة من طلاق من ذوات الأقراء، فأما إذا كانت من ذوات الأشهر، فإن كانت آيسة فجاءت بولد، فإن كانت لم تقر بانقضاء العدة فحكمها حكم ذوات الأقراء وقد ذكرناه، سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً فإنها إذا جاءت بولد إلى سنتين من وقت الطلاق يثبت نسبه من الزوج، لأنها لما ولدت علم أنها ليست بآيسة بل هي من ذوات الأقراء، وإن كانت أقرت بانقضاء عدتها. فإن كانت أقرت به مفسراً بثلاثة أشهر فكذلك لأنه لما تبين أنها لم تكن آيسة تبين أن عدتها لم تكن بالأشهر فلم يصح إقرارها بانقضاء عدتها بالأشهر فالتحق إقرارها بالعدم فجعل كأنها لم تقر أصلاً.

وإن كانت أقرت به مطلقاً في مدة تصلح لثلاثة أقراء، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب وإلا فلا، لأنه لما بطل اليأس بعذر حمل إقرارها على الأقراء بالانقضاء بالأشهر لبطلان الاعتداد بالأشهر فيحمل على الأقراء بالانقضاء بالأقراء حملاً لكلام العاقلة المسلمة على الصحة عند الإمكان وإن كانت صغيرة فجاءت بولد فالأمر لا يخلو من ثلاثة أوجه، إما إن كانت أقرت بانقضاء العدة بعد مضي ثلاثة أشهر، وإما إن كانت لم تقر ولكنها أقرت إنها حامل في مدة العدة وهي الثلاثة الأشهر، وإما إن سكتت وكل وجه على وجهين: إما إن كان الطلاق بائناً، وإما إن كان رجعياً، فإن كانت أقرت بانقضاء العدة عند مضي ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ أقرت ثبت النسب، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يثبت لأن إقرار الصغيرة بانقضاء عدتها مقبول في الظاهر، لأنها أعرف بعدتها من غيرها، ولهذا لو أقرت بالبلوغ يقبل إقرارها غير أنها لما جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فقد ظهر كذبها في إقرارها، لأنه تبين أنها كانت معتدة وقت الإقرار فألحق إقرارها بالعدم.

وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً لم يظهر كذبها في إقرارها لجواز أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها، وهذا الولد منه والطلاق البائن والرجعي في هذا الوجه سواء، وإن لم تكن أقرت بانقضاء العدة ولكنها أقرت بالحمل في مدة العدة، فإن كان الطلاق بائناً يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق، وإن كان رجعياً يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً، لأنها لما أقرت بالحمل في مدة العدة فقد حكمنا ببلوغها فصار حكمها حكم البالغة، فإذا جاءت بولد يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق.

وإن كان الطلاق بائناً لما مرّ أنه يحكم بالعلوق قبل الطلاق، فإذا جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت، لأنه يحمل على علوق حادث بعد الطلاق.

وإن كان الطلاق رجعياً يثبت النسب إلى سنتين وثلاثة أشهر، لأنه ظهر أن العلوق كان في العدة وعدتها ثلاثة أشهر، والمعتدة من طلاق رجعي إذا علقت في العدة يصير الزوج مراجعاً لها.

وإن جاءت به لأكثر من سبعة وعشرين شهراً لا يثبت النسب، لأنه تبين أن العلوق كان بعد مضي الثلاثة الأشهر، ولأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فلا يصير مراجعاً لها.

وإن لم يقر بشيء اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد سكوتها كإقرارها بانقضاء العدة أنها إن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يثبت سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً، وقال أبو يوسف: سكوتها كإقرارها بالحمل أو دعوى الحمل أنه إن كان الطلاق بائناً يثبت النسب إلى سنتين، وإن كان رجعياً يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً.

وجه قوله: أن المراهقة يحتمل أن تكون عدتها بوضع الحمل لاحتمال أنها حبلت ولم تعلم بذلك فما لم تقر بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضاء كالمتوفى عنها زوجها، ولهما أن عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهي ثلاثة أشهر على اعتبار الأصل إذا الأصل فيها عدم البلوغ فكان انقضاؤها بانقضاء ثلاثة أشهر كإقرارها بانقضاء عدتها، ولو أقرت بانقضاء عدتها كان الجواب ما ذكرنا كذا هذا. بخلاف المتوفى عنها زوجها أنه لا يحكم بانقضاء عدتها بمضي الشهور، لأن عـدتها ذات جهتين: يحتمل أن تكون بالشهور، ويحتمل أن تكون بوضع الحمل فما لم تقر بانقضاء العدة لا يحكم بأحد الأمرين، هذا الذي ذكرنا حكم المعتدة عن طلاق، وكل جواب عرفته في/ المعتدة من طلاق فهو الجواب في المعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة. [ب/١١٢/ج]

وأما المتوفى عنها زوجها وهي مدخول بها، فإن كانت من ذوات الأقراء فجاءت بولد، فإن جاءت به ما بينها وبين سنتين ولم تكن أقرت بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها من الزوج عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: إذا لم تدع الحمل في مدة العدة، ثم جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام لا يثبت النسب.

وجه قوله: أن عدة المتوفى عنها زوجها هي الأشهر عند عدم الحمل، والأصل عدم الحمل، فإذا مضت أربعة أشهر وعشر يحكم بانقضاء عدتها فصار كأنها أقرّت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد بعد ذلك، وهناك لو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يثبت كذا هذا، ولهذا كان الحكم في الصغيرة ما وصفنا كذا في الكبيرة.

ولنا: ما ذكرنا أن عدة المتوفى عنها زوجها ذات جهتين، لجواز أن تكون حاملاً ولا يعلم ذلك فلا تنقضي عدتها بالأشهر فما لم تقرّ بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضاء كالمعتدة من الطلاق، وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت لما مر في عدة الطلاق بخلاف الصغيرة، فإن عدتها ذات جهة واحدة، لأن الأصل فيها عدم الحبل، لأن المحل لا يحتمل وإنما يصير محلاً بالبلوغ وفيه شك فيبقى حكم الأصل، فأما عدة الكبيرة فذات جهتين لما قررنا من الاحتمال والتردد فلا يحكم بالانقضاء بالأشهر مع الاحتمال، وإن أقرت بانقضاء عدتها ثم أتت بولد. فإن أتت به لأقل من ستة أشهر مذ أقرت يثبت النسب وإن جاءت به لتمام ستة أشهر فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في عدة الطلاق أنه لا يثبت النسب عندنا.

وعند الشافعي[1]: يثبت ما لم تتزوج، وإن كانت من ذوات الأشهر، فإن كانت آيسة أو صغيرة فحكمها في الفوات ما هو حكمها في الطلاق وقد ذكرناه، هذا الذي ذكرناه كله في عدة الطلاق وغيره من الفراق وعدة الوفاة إذا جاءت المعتدة بولد قبل التزوج بزوج آخر، فأما إذا تزوجت بزوج آخر، ثم جاءت بولد فالأمر لا يخلو من أربعة أوجه: إما إن جاءت به لأقل من سنتين مذ طلقها الأول أو مات ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني، وإما إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول أو مات ولستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني، وإما إن جاءت به لأقل من سنتين منذ طلقها الأول أو مات ولستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني، وإما أن جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول أو مات ولأقل من ستة أشهر مذ تزوجها الثاني فالولد للأول، لأنه لا يحتمل أن يكون من الثاني إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، ويحتمل أن يكون من الأول، لأن الولد يبقى في بطن أمه إلى سنتين، وفي الحمل عليه حمل أمرها على الصلاح وأنه واجب ما أمكن.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول أو مات ولستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني فهو للثاني، لأنه لا يحتمل أن يكون من الأول إذ الظاهر من حال العاقلة المسلمة أن لا تتزوج وهي معتدة الغير فصح نكاح الثاني فكان مولوداً على فراش صحيح فيثبت نسبه منه.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول أو مات ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يكن للأول ولا الثاني، لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين والمرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر.

وهل يجوز نكاح الثاني؟. في قول أبي حنيفة ومحمد: جائز، وعند أبي يوسف: فاسد، لأنه إذا لم يثبت النسب من الأول ولا من الثاني كان هذا الحمل من الزّنا فيكون بمنزلة رجل تزوج امرأة وهي حامل من الزنا وذلك على هذا الاختلاف على قول أبي حنيفة ومحمد جاز نكاحها ولكن لا يقربها حتى تضع.

وعلى قول أبي يوسف: لا يجوز النكاح ما لم تضع حملها، هذا إذا لم يعلم وقت التزوج أنها تزوجت في عدتها، فإن علم ذلك وقع النكاح الثاني فاسداً فجاءت بولد فإن النسب يثبت من الأول إن أمكن إثباته/ [١١٣/أ/ج] منه بأن جاءت به لأقل من سنتين منذ طلقها الأول أو مات عنها ولستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني، لأن النكاح الثاني فاسد، ومهما أمكن إحالة النسب إلى الفراش الصحيح كان أولى، وإن لم يمكن إثباته منه، وأمكن إثباته من الثاني فالنسب يثبت من الثاني بأن جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول أو مات ولستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني، لأن النكاح الثاني وإن كان فاسداً، لكن لما تعذر إثبات النَّسب من النكاح الصحيح فإثباته من النكاح الفاسد أولى من الحمل على الزنا والله الموفق.

وإذا نُعِيَ إلى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت، ثم جاء زوجها الأول فهي امرأته، لأنها كانت منكوحته ولم يعترض على النكاح شيء من أسباب الفرقة فبقيت على النكاح السابق ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الثاني.

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٣٠٤).

وأما الولد فقد اختلف فيه: قال أبو حنيفة: هو للأول، وقال أبو يوسف: إن كانت ولدته لأقل من ستة أشهر من حين وطئها الثاني فهو للأول؛ وإن كانت ولدته لستة أشهر أو أكثر فهو للثاني.

وقال محمد: إن كانت ولدته لسنتين من حين وطئها الثاني فهو للأول، وإن كانت ولدته لأكثر من سنتين فهو للثاني.

وجه قول محمد: أنها إذا كانت ولدته لسنتين من حين وطئها الثاني أمكن حمله على الفراش الصحيح، لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين فيحمل عليه، وإذا كانت ولدته إلى سنتين فيحمل عليه، وإذا كانت ولدته لأكثر من سنتين لم يمكن حمله على الفراش الصحيح، لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فيحمل على الفراش الفاسد ضرورة.

وجه قول أبي يوسف: أنها إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين وطئها الثاني تيقناً أنه ليس من الثاني، لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر وأمكن حمله على الفراش فيحمل عليه، وإذا ولدت لستة أشهر أو أكثر فالظاهر أنه من الثاني.

وجه قول أبي حنيفة: أن الفراش الصحيح للأول فيكون الولد للأول لقول النبي ﷺ: «**الوَلَدُ لِلفِراشِ**»[1] ومطلق الفراش ينصرف إلى الصحيح والله الموفق للصواب.

وأما الثاني: وهو بيان ما يثبت به نسب ولد المعتدة أي يظهر به، فجملة الكلام فيه أن المرأة إذا ادعت أنّها ولدت هذا الولد لستة أشهر فإن صدقها الزوج فقد ثبت ولادتها سواء كانت منكوحة أو معتدة، وإن كذبها تثبت ولادتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند أصحابنا، ويثبت نسبه منه حتى لو نفاه يلاعن، وقال الشافعي: لا يثبت إلا بشهادة أربع نسوة ثقات[2].

وجه قوله: أن هذا نوع شهادة فلا بدّ من اعتبار العدد فيه كسائر أنواع الشهادات فيقام كل اثنتين منهن مقام رجل، فإذا كن أربعاً يقمن مقام رجلين فيكمل العدد.

ولنا: ما روي «**أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ أجازَ شهادَةَ القابلةِ فِي الولادةِ**»[3] فدل على جواز شهادتها في الولادة من غير اعتبار العدد ولأن الأصل فيما يقبل فيه قول النساء بانفرادهن أنّه لا يشترط فيه العدد منهن على هذا أصول الشرع كما في رواية الأخبار، والإخبار عن طهارة الماء ونجاسته وعن الوكالة وغير ذلك من الدّيانات والمعاملات، وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف أنّ العدد شرط، لأن العدد إنما يشترط فيما لا يقبل فيه قول النساء بانفرادهن، وههنا يقبل فلا يشترط العدد فيهنّ ولو نفى الولد يلاعِن، لأنه يثبت نسب الولد بالنكاح لا بشهادة القابلة وإنما الثابت بشهادتها الولادة وتعين أي الذي ولدته هذا لجواز أنها ولدت ميتاً أو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر «مختصر المزني» صفحة (٣٠٤) و «المهذب» (٢/ ٢٣٥) و «الوجيز» (٢/ ٢٥٢) و «المنهاج» صفحة (١٥٣).

(٣) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/ ٢٤٢ ـ ٢٣٣) وقال: محمد بن عبد الله لم يسمعه من الأعمش بينهما رجل مجهول.

قال في التنقيح: «هو حديث باطل ولا أصل له» انظر «نصب الراية» (٤/ ٨٠). ولفظه عند الدارقطني من حديث حذيفة رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «أجاز شهادة القابلة».

حياً ثُمّ مات فإذا نفى الولد فقد صار قاذفاً لأمه بالزنا وقذف الزوجة بالزّنا يوجب اللعان وكذلك إذا قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة تصير الجارية أم ولد، لأن النسب يثبت بفراش الملك عند الدعوة، وقوله: إن كان في بطنك ولد فهو مني، دعوى النسب والحاجة بعد ذلك إلى الولادة وتعين الولد، وذلك يثبت بشهادة القابلة، وإذا ثبت النَّسب صارت الجارية أم ولد له ضرورة، لأن أمية الولد من ضرورات ثبوت النسب.

ولو قال لامرأته: إذا ولدت فأنت طالق فقالت: ولدت وأنكر الزوج الولادة فشهدت قابلة على الولادة يثبت النسب بالإجماع، وإن لم يكن الزوج أقرَّ بالحبل ولا كان الحبل ظاهراً فهل يقع الطلاق، قال أبو حنيفة: لا يقع ما لم يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقع بشهادة القابلة إذا كانت عدلة.

وجه قولهما: أن الولادة قد تثبت بشهادة القابلة بالإجماع، ولهذا ثبت النسب ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق، لأنه معلق بها.

ولأبي حنيفة: أن شهادة القابلة حجة ضرورية، لأنها شهادة فرد، ثم هو أنثى فيظهر فيما فيه الضرورة وفيما هو من ضرورات تلك الضرورة، والضرورة في الولادة فيظهر فيها فتثبت الولادة ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة لتصور الولادة بدون الطلاق في الجملة فلا ضرورة إلى إثبات الولادة في/ [ب/١١٣/ج] حق وقوع الطلاق فلا يثبت في حقه والنسب ما ثبت بالشهادة، وإنما يثبت بالفراش لقيام النكاح وإنما الثابت بالشهادة الولادة وتعين الولد ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت النسب أيضاً فلم يكن من ضرورة الولادة وثبوت النسب وقوع الطلاق، وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل أو كان الحبل ظاهراً يقع الطلاق بمجرد قولها وإن لم تشهد القابلة في قول أبي حنيفة وعندهما لا يقع إلا بشهادة القابلة، ولا خلاف في أن النسب لا يثبت بدون شهادة القابلة.

وجه قولهما: أنَّ المرأة تدعي وقوع الطلاق، والأصل أن المدعي لا يُعطىٰ شيئاً بمجرد الدعوى، لأن دعوى المدعي عارضها إنكار المنكر، وقد قال ﷺ: «لَوْ أُعطِيَ النَّاس بِدَعوَاهُمْ»[1] الحديث إلا فيما لا يوقف عليه من جهة غيره فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما في الحيض.

والولادة أمر يمكن الوقوف عليه من جهة غيرها فلا يقبل قولها فيه، ولهذا لم يثبت النسب بقولها بدون شهادة القابلة كذا وقوع الطلاق، لأنها تدعي وهو ينكر والقول قول المنكر حتى يقيم للمدعي حجته.

وجه قول أبي حنيفة: أنه قد ثبت الحبل وهو كون الولد في البطن بإقرار الزوج بالحبل أو يكون الحبل ظاهراً وأنه يقضي إلى الولادة لا محالة، لأن الحمل يوضع لا محالة فكانت الولادة أمراً كائناً لا محالة فيقبل فيه قولها كما في دم الحيض حتى لو قال لامرأته: إذا حضت فأنت طالق فقالت: حضت يقع الطلاق كذا ههنا إلا أنه لم يقبل قولها في حق إثبات النسب بدون شهادة القابلة، لأنها متهمة في تعيين الولد فلا تصدق على

(١) تقدم تخريجه وهو بعض حديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

التعيين في حق ثبات النسب ولا تهمة في التعيين في حق وقوع الطلاق فتصدق فيه من غير شهادة القابلة.

ونظيره ما إذا قال لامرأته: إذا حضت فأنت طالق وامرأتي الأخرى فلانة معك فقالت: حضت وكذبها الزوج تطلق هي ولا تطلق ضرتها ويثبت حيضها في حقها ولا يثبت في حق ضرتها إلا بتصديق الزوج لكونها متهمة في حق ضرتها وانتفاء التهمة في حق نفسها كذا ههنا والله أعلم.

وإن كانت معتدة من طلاق بائن أو من وفاة فجاءت بولد إلى سنتين فأنكر الزوج الولادة أو ورثته بعد وفاته وادعت هي فإن لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهراً لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة في قول أبـي حنيفة، وعندهما: يثبت بشهادة القابلة.

وجه قولهما: أن النكاح بعد الطلاق البائن والوفاة باق في حق الفراش فلا حاجة إلى ما يثبت به النسب كما في حال قيام النكاح، وإنما الحاجة إلى الولادة وتعيين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة كما في حال قيام النكاح، ولأبـي حنيفة: أنّ الفراش لا يبقى بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع علائقه بانقضاء العدة بالولادة وتصير أجنبية فكان القضاء بثبوت الولادة بشهادة القابلة قضاء بثبوت النسب لولد الأجنبية بشهادة النساء، ولا يجوز ذلك ولا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل أو كان الحبل ظاهراً فالقول قولها في الولادة وإن لم تشهد لها قابلة في قول أبـي حنيفة.

وعندهما: لا تثبت الولادة بدون شهادة القابلة، والكلام في الطرفين على النحو الذي ذكرنا.

وإن كانت معتدة من طلاق رجعي فكذلك ذكره في كتاب الدعوى وسوى بين الرجعي والبائن لأنها بعد انقضاء العدة أجنبية في الفصلين جميعاً فلا تصدق على الولادة إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبـي حنيفة إذا لم يكن الزوج مُقرّاً بالحبل ولا كان الحبل ظاهراً، وإن كان قد أقرّ بالحبل أو كان الحبل ظاهراً فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

ولو مات الزوج وأتت امرأته بولد بعد وفاته ما بينها وبين سنتين ولم يشهد على الولادة أحد لا القابلة ولا غيرها، ولكن صدقها الورثة في أنها ولدته ذكر في «**الجامع الصغير**» أنه يثبت نسبه بقولهم.

وذكر في كتاب الدعوى: أن نسب الولد يثبت إن كان ورثته ابنين أو ابناً وبنتين، واختلاف العبارتين ترجع إلى أن ثبوت نسبه بتصديقهم من طريق الشهادة أو من طريق الإقرار فما ذكر في كتاب الدعوى يدل على أنه من طريق الشهادة حيث شرط أن يكون الورثة ابنين أو ابناً وبنتين، وما ذكر في «**الجامع**» يدل على أنه من طريق الإقرار، لأنه قال: فصدقها الورثة، والشهادة لا تسمى تصديقاً في العرف.

وكذا الحاجة/ إلى الشهادة عند المنازعة، ولا منازع ههنا، ومِنْ هذا إنشاء الاختلاف بين مشايخنا [أ/١١٤/ج] فاعتبر بعضهم التصديق منه شهادة، وبعضهم إقراراً، فمن اعتبره شهادة قال: لا يثبت نسبه إلا إذا كانت الورثة رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط لفظ الشهادة ومجلس الحكم، وإذا صدقها البعض وجحد البعض فإن صدقها رجلان منهم أو رجل وامرأتان يشارك الولد المقرين منهم والمنكرين جميعاً منهم في الميراث، لأن الشهادة حجة مطلقة فكانت حجة على الكل فيظهر نسبه في حقهم الكل ومن اعتبره إقراراً قال: يثبت نسبه إذا صدقها جميع الورثة سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً ولا يراعي لفظ الشهادة ومجلس الحكم فإذا صدقها

بعض الورثة، وجحد الباقون يثبت نسبه في حقهم ويشاركهم في نصيبهم من الميراث ولا يثبت في حق غيرهم، لأن إقرارهم حجة في حقهم لا في حق غيرهم ومن هذا أيضاً إنشاء الخلاف فيما إذا كان الوارث واحداً فصدقها في الولادة، فقال الكرخي: إن نسبه يثبت بإقراره في قولهم جميعاً.

وذكر الطحاوي فيه الاختلاف فقال: لا يثبت نسبه في قول أبـي حنيفة ومحمد وفي قول أبـي يوسف يثبت كأنهما اعتبرا قوله شهادة وشهادة الفرد لا تقبل واعتبره أبو يوسف إقراراً وإقرار الفرد مقبول، هذا إذا صدقها الورثة أو بعضهم، فأما إذا لم يصدقها أحد منهم فهو على الاختلاف والتفصيل الذي ذكرنا أن الزوج إذا لم يكن أقرّ بالحمل، ولا كان الحمل ظاهراً لا يثبت نسبه إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة عند أبـي حنيفة.

وعندهما: لا يثبت نسبه بشهادة القابلة، وإذا كان الزوج أقرّ بالحبل أو كان الحبل ظاهراً تثبت الولادة بمجرد قولها ولدت عند أبـي حنيفة.

وعندهما: لا تثبت من غير شهادة القابلة وقد مر الكلام في ذلك كله فيما تقدم والله تعالى الموفق.

رجل قال لغلام:هذا ابني، ثم مات فجاءت أم الغلام فقالت: أنا امرأته لا شك أن الغلام يرثه لأنه ثبت نسبه منه بإقراره، وهل ترثه هذه أم لا، ذكر في «النوادر» أنها ترثه استحساناً، والقياس: أن لا يكون لها الميراث.

وجه القياس: أنه يحتمل أن تكون أم الغلام حُرّة، ويحتمل أن تكون أمة، ولو كانت حرة فيحتمل أن تكون هذه المرأة، ويحتمل أن تكون غيرها، ولو كانت هذه المرأة فيحتمل أن يكون وطئها بنكاح صحيح، ويحتمل بنكاح فاسد أو بشبهة نكاح فيقع الشك في الإرث فلا ترث بالشك.

وجه الاستحسان: أن سبب الاستحقاق للإرث في حقها يثبت بإقراره بنسب الولد، وهو النكاح الصحيح، لأن المسألة مفروضة في امرأة معروفة بالحرية وبأمومة هذا الولد، فإذا أقر بنسب الولد أنه منه والنسب لا يثبت إلا بالفراش والأصل في الفراش هو النكاح الصحيح فكان دعوى نسب الولد إقراراً منه أنه من النكاح الصحيح، فإذا صدقها يثبت النكاح ظاهراً فترثه لأن العمل بالظاهر واجب، فأما إذا لم تكن معروفة بذلك، وأنكرت الورثة كونها حرة أو أماً له فلا ميراث لها، لأن الأمر يبقى محتملاً فلا ترث بالشك والاحتمال والله الموفق.

ومما يتصل بحال قيام العدة عن طلاق من الأحكام منها: الإرث عند الموت. وجملة الكلام فيه: أن المعتدة لا تخلو: إما إن كانت من طلاق رجعي، وإما إن كانت من طلاق بائن أو ثلاث، والحال: لا يخلو إما إن كانت حال الصحة، وإما إن كانت حال المرض، فإن كانت العدة من طلاق رجعي فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر بلا خلاف، سواء كان الطلاق في حال المرض أو في حال الصحة، لأن الطلاق الرجعي منه لا يزيل النكاح فكانت الزوجية بعد الطلاق قبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الإرث من الجانبين كما لو مات أحدهما قبل الطلاق، وسواء كان الطلاق بغير رضاها أو برضاها، فإن ما رضيت به ليس بسبب لبطلان النّكاح حتى يكون رضا ببطلان حقها في الميراث،

وسواء كانت المرأة حرة مسلمة وقت الطلاق أو مملوكة أو كتابية، ثم أعتقت أو أسلمت في العدة، لأن النكاح بعد الطلاق قائم من كل وجه ما دامت العدة قائمة، وأنه سبب لاستحقاق الإرث، وإن كانت من طلاق بائن أو ثلاث، فإن كان ذلك في حال الصحة فمات أحدهما لم يرثه صاحبه، سواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وإن كان في حال المرض، فإن كان برضاها لا ترث بالإجماع، وإن كان بغير رضاها فإنها ترث من زوجها عندنا.

وعند الشافعي: لا ترث. /ومعرفة هذه المسألة مبنية على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط [ب/١١٤/ج] الاستحقاق ووقته.

أما السبب فنقول: لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث في حقها النكاح فإن الله عز وجل أدار الإرث فيما بين الزوجين على الزوجية بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَكُم نِصفُ مَا تَرَكَ أَزواجُكُمْ﴾ إلى آخر ما ذكر سبحانه من ميراث الزوجين ولأن سبب الإرث في الشرع ثلاثة لا رابع لها: القرابة، والولاء، والزوجية واختلف في الوقت الذي يصير النكاح سبباً لاستحقاق الإرث، وعند الشافعي[1]: هو وقت الموت، فإن كان النكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث وإلا فلا.

واختلف مشايخنا قال بعضهم: هو وقت مرض الموت والنكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت ولا يحتاج إلى إبقائه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً، وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور.

ومن وجه وقت الموت مقصوراً عليه وهو طريق الاستناد وهما طريقتا مشايخنا المتقدمين.

وقال بعضهم وهو طريق المتأخرين منهم: إن النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك للوارث أصلاً لا من كل وجه ولا من وجه.

وجه قول الشافعي: أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت لأن المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته فلا بد من وجود السبب عند الموت ولا سبب ههنا إلا النكاح وقد زال بالإبانة والثلاث فلا يثبت الإرث، ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة، ولا يرث الزوج منها بلا خلاف، ولو كان النكاح قائماً في حق الإرث لورث، لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول؛ أما الإجماع: فإنه روي عن ابن سيرين أنه قال: «كانُوا يقولون ولا يختلفون من فر من كتاب الله تعالى رد إليه» أي: من طلق امرأته ثلاثاً في مرضه فإنها ترثه ما دامت في العدة، وهذا منه حكاية عن إجماع الصحابة رضي الله عنهم ومثله لا يكذب.

وكذا روي توريث امرأة الفار عن جماعة من الصحابة من غير نكير مثل عمر، وعثمان، وعلي، وعائشة، وأبي بن كعب رضي الله عنهم فإنه روي عن إبراهيم النخعي أنه قال: جاء عروة البارقي[2] إلى

---

(١) القول بعدم الوراثة هو أظهر قولي الشافعي كما في «الأم» (٥/ ٢٥٤) و «الوجيز» (٢/ ٥٩) و «الروضة» (٨/ ٧٢) و «المنهاج» صفحة (١٠٧).

(٢) عروة البارقي: لعله عروة بن عياض بن عبد القاري انظر «التقريب» ص ٣٨٩ ترجمة (٤٥٦٦).

شريح بخمس خصال من عند عمر رضي الله عنه منهن أن الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض ثلاثاً ورثت منه ما دامت في عدتها.

وروي عن الشعبي أنه قال: أن أم البنين بنت عيينة بن حصين كانت تحت عثمان رضي الله عنه فلما احتضر طلقها، وقد كان أرسل إليها بشرى فلما قتل أتت علياً رضي الله عنه فذكرت له ذلك، فقال علي رضي الله عنه تركها حتى إذا أشرف على الموت طلقها؟ فورثها[١].

وروي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية[٢] في مرضه آخر تطليقاتها الثلاث، وكانت تحته أم كلثوم بنت عقبة أخت عثمان بن عفان فورثها عثمان رضي الله عنه، وروي أنه قال: «ما أتهمه ولكن أريد أن تكون سنة».

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «إن المطلقة ثلاثاً وهو مريضٌ تَرِثُهُ مَا دَامَتْ فِي العدّة»، وروي عن أبي بن كعب ترثه ما لم تتزوج، فإن قيل إن ابن الزبير مخالف فإنه روي عنه أنه قال في قصة تماضر: ورثها عثمان بن عفان رضي الله عنه ولو كنت أنا لم أورثها فكيف ينعقد الإجماع مع مخالفته، فالجواب: أن الخلاف لا يثبت بقوله هذا لأنه محتمل يحتمل أن يكون معنى قوله: لو كنت أنا لما ورثتها أي عندي أنها لا ترث.

ويحتمل: أن يكون معناه أي ظهر له من الاجتهاد والصواب ما لو كنت مكانه لكان لا يظهر لي فكان تصويباً له في اجتهاده وإن الحق في اجتهاده فلا يثبت الاختلاف مع الاحتمال بل حمله على الوجه الذي فيه تحقيق الموافقة أولى، ويحتمل أنها كانت سألت الطلاق فرأى عثمان رضي الله عنه توريثها مع سؤالها الطلاق فيرجع قوله: لو كنت أنا لما ورثتها إلى سؤالها الطلاق، فلما ورثها عثمان رضي الله عنه مع مسألتها الطلاق فعند عدم السؤال أولى على أنه روي أن ابن الزبير رضي الله عنه إنما قال ذلك في ولايته وقد كان انعقد الإجماع قبله منهم على التوريث، فخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم/ لا يقدح في الإجماع، لأن انقراض العصر [أ/١١٥/ج] ليس بشرط لصحة الإجماع على ما عرف في أصول الفقه.

وأما المعقول: فهو أن سبب استحقاق الإرث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الإرث كما إذا طلقها طلاقاً رجعياً ولا كلام في سبب الاستحقاق وشرائطه. وإنما الكلام في وقت الاستحقاق فنقول: وقت الاستحقاق هو مرض الموت. أما على التفسير الأول والثاني وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه فالدليل عليه النص، وإجماع الصحابة رضي الله عنهم ودلالة الإجماع والمعقول.

---

(١) أم البنين بنت عيينة بن حصين أخرج قصتها الإمام الشافعي في «الأم» (٥/ ٢٥٤) وعبد الرزاق في «المصنف» (٧/ ٦٢ - ٦٣).

(٢) تماضر الكلبية: هي تماضر بنت الأصبع بن عمر بن ثعلبة الكلبية وأخرج قصتها ابن سعد عن الواقدي حديثاً عبد الله بن جعفر عن أبي عون عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمن أن النبي ﷺ بعث عبد الرحمن بن عوف إلى بني كلب.. وفيه تزوج عبد الرحمن بن عوف تماضر. بدون ذكر طلاقها وأخرجه ابن سعد عن حماد بن زيد عن أيوب عن سعد بن إبراهيم قال أم أبي سلم بن عبد الرحمن. تماضر بنت الأصبغ.

وعن طريق عمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبيه عن جدته عن بن الأصبع أنها حين طلق الزبير... انظر «الإصابة» (٤/ ٢٤٨).

أما النص: فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إنَّ اللّهَ تَعَالى تصدقَ عليكم بثلثِ أموالِكُمْ فِي آخر أعمارِكُمْ زيادةً على أعمَالِكُمْ»[1] أي تصدق باستيفاء ملككم عليكم في ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم. أخبر عن منة الله تعالى على عباده أنه استبقى لهم الملك في ثلث أموالهم ليكون وسيلة إلى الزيادة في أعمالهم بالصرف إلى وجوه الخير، لأن مثل هذا الكلام يخرج مخرج الإخبار عن المنة.

وآخر أعمارهم مرض الموت فدل على زوال ملكهم عن الثلثين إذ لو لم يزل لم يكن ليمن عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين إذ الحكيم في موضع بيان المنة لا يترك أعلى المنتين ويذكر أدناهما، وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ورثته، لأنهم أقرب الناس إليه فيرضى بالزوال إليهم لرجوع معنى الملك إليه بالدعاء والصدقة وأنواع الخير بخلاف الأحاديث.

وأما إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال في مرض موته لعائشة رضي الله عنها: «إني كنتُ نحلتك جداد عشرينَ وسقاً مِنْ مَالي بالعالية وإنّك لَمْ تكوني حِزْتيهِ ولا قَبضتيه وإنّما هُو اليومَ مالُ الوارث، ولم تدع عائشة رضي الله عنها، ولا أنكر عليه أحد»[2] وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون إجماعاً منهم على أن مال المريض في مرض موته يصير ملك الوارث من كل وجه أو من وجه.

وأما دلالة الإجماع فهي: أنه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث في حق الأجانب، وفي حق الورثة لا ينفذ بشيء أصلاً ورأساً حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه إذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الأخذ من غير رضاه فدل عدم النفاذ على زوال الملك، وإذا زال يزول إلى الورثة لما بينا.

وأما المعقول فهو: أن المال الفاضل عن حاجة الميت يصرف إلى الورثة بلا خلاف، والكلام فيما إذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن حوائج الميت، فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث في المال الفاضل عن حوائج الميت فيدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة، وأما على التفسير الثالث وهو: ثبوت حق الملك رأساً فلدلالة الإجماع والمعقول.

أما دلالة الإجماع فهو أن ينقض تبرعه بعد الموت، ولولا تعلق حق الوارث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أهل في محل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغي أن لا ينقض فدل حق النقض على تعلق الحق.

وأما المعقول: فهو أن النكاح حال مرض الموت صار وسيلة إلى الإرث عند الموت ووسيلة حق الإنسان حقه لأنه ينتفع به والطلاق البائن والثلاث إبطال لهذه الوسيلة فيكون إبطالاً لحقها وذلك إضرار بها فيرده عليه ويلحق بالعدم في حق إبطال الإرث في الحال عملاً بقوله النبي ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا إضرارَ فِي

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من النحل (٢/ ٧٥٢).

الإسْلام»(١) فلم يعمل الطلاق في الحال في إبطال سببية النكاح لاستحقاق الإرث وكونه وسيلة إليه دفعاً للضرار عنها وتأخر عمله فيه إلى ما بعد انقضاء العدة، وكذلك إذا أبانها بغير طلاق بخيار البلوغ بأن اختار نفسه وتقبيل ابنتها أو أمها وردته إن ذلك إن كان في الصحة لا ترث هي منه ولا هو منها بالإجماع كما لو أبانها بالطلاق لانعدام سبب الاستحقاق في وقت الاستحقاق وهو مرض الموت إلا في الردة بأن ارتد الزوج في حال صحته فمات على الردة أو قتل أو لحق بدار الحرب وهي في العدة فإنها ترث منه، لأن الردة من الزوج في معنى مرض الموت لما نذكر إن شاء الله تعالى.

وإن كانت هذه الأسباب في حال المرض فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الطلاق أنها ترث منه عندنا خلافاً للشافعي، ولا يرث هو منها بالإجماع.

ولو جامعها ابنه مكرهة أو مطاوعة لا ترث، أما إذا كانت مطاوعة فلأنها رضيت بإبطال حقها، وإن كانت مكرهة فلم يوجد من الزوج إبطال حقها المتعلق بالإرث لوقوع الفرقة بفعل غيره.

[ب/١١٥/ج] وإن كانت البينونة من قبل المرأة كما إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة طائعة/ أو مكرهة أو اختارت نفسها في خيار الإدراك أو العتاق أو عدم الكفاءة، فإن كان ذلك في حال الصحة فإنهما لا يتوارثان بالإجماع كما إذا كانت البينونة من قبل الزوج، وكذا إذا ارتدت بخلاف ردة الزوج في حال صحته.

ووجه الفرق: أن ردة الزوج في معنى مرض موته لأنها تفضي إلى الموت إلا أن احتمال الصحة باحتمال الإسلام قائم، فإذا قتل على الردة أو مات عليها فقد زال الاحتمال، وكذا إذا لحق بدار الحرب، لأن الظاهر أنه لا يعود فتقرر المرض فتبين أن سبب الاستحقاق كان ثابتاً في وقت الاستحقاق، وهو مرض الموت وإن سبب الفرقة وجد في مرض الموت فترث منه كما لو كان مريضاً حقيقة فأما ردتها فليست في معنى مرض موتها ليقال ينبغي أن يرث الزوج منها، وإن كانت هي لا ترث منه لأنها لا تقضي إلى الموت لأنها لا تقتل عندنا فلم يكن النكاح القائم حال ردتها سبباً لاستحقاق الإرث في حقه لانعدامه وقت الاستحقاق وهو مرض الموت لذلك افترقا والله عز وجل أعلم.

وإن كان في حال المرض، فإن كان في حال مرض الزوج لا ترث منه، وإن كانت في العدة لعدم شرط الإرث وهو عدم رضاها بسبب الفرقة ولحصول الفرقة بفعل غير الزوج ويرث الزوج منها إن كان سبب الفرقة منها في مرضها وماتت قبل انقضاء عدتها لوجوب سبب الاستحقاق في حقه وهو النكاح في وقت الاستحقاق وهو مرض موتها ولوجود سبب إبطال حقه منها في حال المرض.

والقياس فيما إذا ارتدت في مرضها، ثم ماتت في العدة: أن لا يرثها زوجها وإنما يرثها استحساناً.

وجه القياس: أن الفرقة لم تقع بفعلها، لأن فعلها الردة والفرقة لا تقع بها وإنما تقع باختلاف الدينين ولا صنيع لها في ذلك فلم يوجد منها في مرضها إبطال حق الزوج ليرد عليها فلا يرث منها.

وجه الاستحسان: ما ذكرنا ولسنا نسلم أن الفرقة لم تقع بفعلها، فإن الردة من أسباب الفرقة، وقد

---

(١) تقدم تخريجه.

حصلت منها في حال تعلق حقه بالإرث وهو مرض موتها فيرث منها والله عز وجل أعلم.

وأما شرائط الاستحقاق فنوعان: نوع يعم أسباب الإرث كلها، ونوع يخص النكاح، أما الذي يعم الأسباب كلها، فمنها شرط الأهلية وهو أن لا يكون الوارث مملوكاً ولا مرتداً ولا قاتلاً فلا يرث المملوك ولا المرتد من أحد ولا يرث القاتل من المقتول.

ودلائل هذه الجملة تذكر في كتاب الفرائض إن شاء الله تعالى، ويعتبر وجود الأهلية منها وقت الطلاق ودوامها إلى وقت الموت حتى لو كانت مملوكة أو كتابية وقت الطلاق لا ترث، وإن أعتقت أو أسلمت في العدة، لأن السبب لا ينعقد مفيداً للحكم بدون شرطه، فإذا لم يكن وقت صيرورة النكاح سبباً للاستحقاق وهو مرض الموت من أهل الميراث لم ينعقد سبباً فلا يعتبر حدوث الأهلية بعد ذلك، ولو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت في عدتها ثم أسلمت فلا ميراث لها، وإن كانت من أهل الميراث وقت الطلاق.

أما على طريق الاستناد فلأن الحكم من وجه يثبت عند الموت فلا بد من قيام السبب من وجه عنده ليثبت ثم يستند وقد بطل السبب بالردة رأساً فتعين الاستناد، وكذا من يقول بثبوت الحل في المرض دون الملك يعتبر قيام النكاح في حق الإرث عند الموت ولم يبق لبطلانه بالردة.

وأما على طريق الظهور المحض فيشكل تخريج هذه المسألة، لأنه تبين أن الملك من كل وجه كان ثابتاً للوارث وقت المرض والنكاح كان قائماً من كل وجه في ذلك الوقت والأهلية كانت موجودة وبقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم وكذا الأهلية شرط الثبوت لا شرط البقاء وهذا بخلاف ما إذا طلقها في مرضه ثم قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة في عدتها ترث، لأنها بالتقبيل لم تخرج عن أهلية الإرث إذ ليس تحت التقبيل إلا التحريم والتحريم لا يبطل أهلية الإرث بخلاف الردة فإنها مبطلة للأهلية، ومنها: شرط المحلية وهو أن يكون المتروك مالاً فاضلاً فارغاً عن حوائج الميت حاجة أصلية فلا يثبت الإرث في المال المشغول بحاجته الأصلية، ومنها: اتحاد الدين، ومنها: اتحاد الدار لما نذكر إن شاء الله تعالى في كتاب الفرائض.

وأما الذي يخص النكاح فشرطان: أحدهما: قيام العدة حتى لو مات الزوج بعد انقضاء عدتها لا ترث، وهذا قول عامة العلماء، وقال ابن أبي ليلى: هذا ليس بشرط وترث بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج، والصحيح قول العامة، / لأن جريان الإرث بعد الإبانة والثلاث ثبت بخلاف القياس بإجماع الصحابة وهم [أ/١١٦/ج] شرطوا قيام العدة على ما روينا عنهم فصار شرطاً بالإجماع غير معقول فيتبع معقد الإجماع، ولأن العدة إذا كانت قائمة كان بعض أحكام النكاح قائماً من وجوب النفقة والسكنى والفراش وغير ذلك فأمكن إبقاؤه في حق حكم الإرث فالتوريث يكون موافقاً للأصول، وإذا انقضت العدة لم يبق شيء من علائق النكاح فكان القول بالتوريث نصب شرع بالرأي وهذا لا يجوز.

وقالوا: فيمن طلق زوجته في مرضه ودام به المرض أكثر من سنتين فمات ثم جاءت بولد بعد موته بشهر أنه لا ميراث لها في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لها الميراث بناء على انقضاء عدتها بالأقراء ويوضع الحمل عندهما بالأقراء وعنده بوضع الحمل.

وجه قول أبي يوسف: أن الحمل حادث، لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فيحمل على أنها

وطئت بشبهة فلا يحكم بانقضاء عدتها إلا بوضع الحمل فلم تكن مقضية العدة عند موت الزوج فترث، وهما يقولان: لا شك أن الولد حصل بوطء حادث بعد الطلاق فلا يخلو: إما أن يحمل على أن الزوج وطئها أو غيره، لا سبيل إلى الأول، لأن وطأه إياها حرام، والظاهر من حاله أنه لا يرتكب الحرام، ولا وجه للثاني لأن غير الزوج إما إن وطئها بنكاح، أو بشبهة، والوطء بشبهة حرام أيضاً فتعين حمل أمرها على النكاح الصحيح وهو أن عدتها انقضت قبل التزوج بستة أشهر، ثم تزوجت فكانت عدتها منقضية قبل موت الزوج فلا ترث، ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد: إنها ترد نفقة ستة أشهر، وقال أبو يوسف: لا ترد والله عز وجل أعلم.

والثاني: عدم الرضا منها بسبب الفرقة وشرطها، فإن رضيت بذلك لا ترث لأنها رضيت ببطلان حقها والتوريث ثبت نظراً لها لصيانة حقها، فإذا رضيت بإسقاط حقها لم تبق مستحقة للنظر.

وعلى هذا تخريج ما إذا قال لها في مرضه أمرك بيدك، أو اختاري فاختارت نفسها، أو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً ففعلت أو قالت: لزوجها طلقني ثلاثاً ففعل أو اختلعت من زوجها، ثم مات الزوج وهي في العدة إنها لا ترث لأنها رضيت بسبب البطلان أو بشرطه. أما إذا اختارت نفسها فلا شك فيه لأنها باشرت سبب البطلان بنفسها، وكذا إذا أمرها بالطلاق فطلقت، وكذا إذا سألته الطلاق فطلقها؛ لأنها رضيت مباشرة السبب من الزوج، وفي الخلع باشرت الشرط بنفسها فكل ذلك دليل الرضا.

ولو قالت لزوجها: طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثت، لأن ما رضيت به وهو الطلاق الرجعي ليس بسبب لبطلان الإرث وما هو سبب البطلان وهو ما أتى به الزوج ما رضيت به فترث.

وعلى هذا يخرج ما إذا علق الطلاق في مرضه أو صحته بشرط وكان الشرط في المرض، وجملة الكلام فيه إن الأمر لا يخلو إما إن كان التعليق ووجود الشرط جميعاً في الصحة، وإما إن كانا جميعاً في المرض، وإما إن كان أحدهما في الصحة والآخر في المرض ولا يخلو إما إن علق بفعل نفسه أو بفعلها أو بفعل أجنبي أو بأمر سماوي، فإن كان التعليق ووجود الشرط جميعاً في الصحة لا شك أنها لا ترث أي شيء كان المعلق به لانعدام سبب استحقاق الإرث في وقت الاستحقاق وهو وقت مرض الموت، وإن كانا جميعاً في المرض فإنها ترث أي شيء كان المعلق به لوجود سبب الاستحقاق في وقته وانعدام الرضا منها ببطلان حقها إلا إذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بد فإنها لا ترث لوجود الرضا منها بالشرط، لأنها فعلت من اختيار، ولو أجل العنين وهو مريض ومضى الأجل وهو مريض وخيرت المرأة فاختارت نفسها فلا ميراث لها؛ لأن الفرقة وقعت باختيارها، لأنها تقدر أن تصبر عليه فإذا لم تصبر واختارت نفسها، وقد باشرت سبب بطلان حقها باختيارها ورضاها فلا ترث.

ولو آلى منها وهو مريض وبانت بالإيلاء وهو مريض ورثت ما دامت في العدة لوجود سبب الاستحقاق في وقته مع شرائطه، ولو كان صحيحاً وقت الإيلاء وانقضت مدة الإيلاء وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق في وقته، لأنه باشر الطلاق في صحته ولم يصنع في المرض شيئاً، ولو قذف امرأته في المرض أو لاعنها في المرض ورثت في قولهم جميعاً، لأن سبب الفرقة وجد في وقت تعلق حقها بالإرث ولم يوجد

منها دليل الرضا ببطلان حقها لكونها مضطرة إلى المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو الذي اضطرها بقذفه فيضاف فعلها إليه كأنه أكرهها/ عليه، وإن كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت [ب/١١٦/ج] في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا ترث.

وجه قوله: أن سبب الفرقة وجد من الزوج في حال لم يتعلق حقها بالإرث وهو حال الصحة والمرأة مختارة في اللعان فلا يضاف إلى الزوج.

ولهما: أن فعل المرأة يضاف إلى الزوج، لأنها مضطرة في المطالبة باللعان لاضطرارها إلى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذي ألجأها إلى هذا فيضاف فعلها إليه كأنه أوقع الفرقة في المرض والله عز وجل أعلم.

وإن كان أحدهما في الصحة والآخر في المرض، فإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض، فإن كان التعليق بأمر سماوي بأن قال لها: إذا جاء رأس شهر كذا فأنت طالق فجاء وهو مريض ثم مات وهي في العدة لا ترث عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: ترث.

وجه قوله: أن المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قائلاً عند الشرط أنت طالق ثلاثاً وهو مريض.

ولنا: أن الزوج لم يصنع في مرض موته شيئاً لا السبب ولا الشرط ليرد عليه فعله فلم يصر فاراً.

وقوله: المعلق بالشرط يجعل منجزاً عند الشرط ممنوع، بل يقع الطلاق بالكلام السابق من غير أن يقدر باقياً إلى وقت وجود الشرط على ما عرف في مسائل الخلاف، وكذا إن كان بفعل أجنبي سواء كان منه بد كقدوم زيد أو لا بدّ منه كالصلاة المفروضة والصوم المفروض ونحوهما لما قلنا: إنه لم يوجد من الزوج صنع في المرض لا بمباشرة السبب ولا بمباشرة الشرط، وإن كان بفعل نفسه ترث سواء كان فعلاً له منه بد كما إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق أو لابد منه كما إذا قال: إن صليت أنا الظهر فأنت طالق لأنه باشر شرط بطلان حقها فصار متعدياً عليها مضراً بها لمباشرة الشرط فيرد عليه رفعاً للضرر عنها لأن العذر لا يعتبر في موضع التعدي والضرر كمن أتلف مال غيره نائماً أو خاطئاً أو أصابته مخمصة فأكل طعام غيره حتى يجب عليه الضمان ولم يجعل معذوراً في مباشرة الفعل الذي لا بد له منه لما قلنا كذا هذا.

وإن كان بفعل المرأة فإن كان فعلاً لها منه بد كدخول الدار وكلام زيد ونحو ذلك لا ترث، لأنها رضيت ببطلان حقها حيث باشرت شرط البطلان من غير ضرورة وإن كان فعلاً لا بد لها منه كالأكل والشرب والصلاة المفروضة والصوم المفروض وحجة الإسلام وكلام أبويها واقتضاء الديون من غريمها فإنه ترث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد: لا ترث، وكذا إذا علق بدخول دار لا غنى لها عن دخولها فهو على هذا الخلاف كذا روي عن أبي يوسف.

وجه قول محمد: أنه لم يوجد من الزوج مباشرة بطلان حقها ولا شرط البطلان فلا يصير فاراً كما لو

علق بأمر سماوي أو بفعل أجنبي أو بفعلها الذي لها منه بد.

وجه قولهما: أن المرأة فيما فعلت من الشرط عاملة للزوج من وجه لأن منفعة عملها عائدة عليه، لأنه منعها عما لو امتنعت عنه لحق الزوج مأثم فإذا لم تمتنع وفعلت لم يلحقه مأثم فكانت منفعة فعلها عائدة عليه فجعل ذلك فعلاً لـه من وجه فوجب إبطال فعله صيانة لحقها، ومن الوجه الذي بقي مقصوراً عليها ليس بدليل الرضا.

لأنها فعلته مضطرة لدفع العقوبة عن نفسها في الآخرة لا برضاها وقاراً فيمن فوض طلاق امرأته إلى الأجنبي في الصحة فطلقها في المرض أن التفويض إن كان على وجه لا يملك عزله عنه بأن ملكه الطلاق لا ترث لأنه لما لم يقدر على فسخه بعد مرضه صار الإيقاع في المرض كالإيقاع في الصحة، وإن كان التفويض على وجه يمكنه العزل عنه فطلق في المرض ورثت، لأنه لما أمكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل وصار كأنه أنشأ التوكيل في المرض، لأن الأصل في كل تصرف غير لازم أن يكون لبقائه حكم الابتداء والله عز وجل الموفق.

وعلى هذا إذا قال في صحته لامرأته إن لم آت البصرة فأنت طالق ثلاثاً فلم يأتها حتى مات ورثته، لأنه علق طلاقها بعدم إتيانه البصرة فلما بلغ إلى حالة وقع اليأس له عن إتيانه البصرة فقد تحقق العدم وهو مريض في ذلك الوقت فقد باشر شرط بطلان حقها في الميراث فصار فاراً فترثه، وإن ماتت هي وبقي الزوج ورثها، لأنها ماتت وهي زوجته، لأن الطلاق لم يقع لعدم شرط الوقوع وهو عدم إتيانه البصرة لجواز أن يأتيها بعد موتها فلم يقع الطلاق فماتت وهي/ زوجته فيرثها. [أ/١١٧/ج]

ولو قال لها: إن لم تأت البصرة فأنت طالق ثلاثاً فلم تأتها حتى مات الزوج ورثته، لأنه مات وهو زوجها لعدم وقوع الطلاق لانعدام شرط وقوعه، لأنها ما دامت حية يرجى منها الإتيان، وإن ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها، لأنه لم يوجد منها سبب الفرقة في مرضها فلم تصر فارة فلا يرثها.

ولو قال لها: إن لم أطلقك فأنت طالق ثلاثاً فلم يطلقها حتى مات ورثته لأنه علق طلاقها بشرط عدم التطليق منه وقد تحقق العدم إذا صار إلى حالة لا يتأتى منه التطليق وهو مريض في تلك الحالة فيصير فاراً بمباشرة شرط بطلان حقها فترثه، ولو ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها، لأنها لم تصر فارة لانعدام سبب الفرقة منها في مرضها فلا يرثها.

وكذلك لو قال لها: إن لم أتزوج عليكِ فأنت طالق ثلاثاً فلم يفعل حَتّى مات ورثته، وإن ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لما ذكرنا في الحلف بالطلاق، ولو قال لامرأتين له في صحته: إحداكما طالق، ثم مرض فعين الطلاق في إحداهما، ثم مات ورثته المطلقة، لأن وقوع الطلاق المضاف إلى المبهم معلق بشرط البيان، هو الصحيح لما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

والصحيح: إذا علق طلاق امرأته بفعل ففعل في مرضه فإنها ترثه والله عز وجل أعلم.

وقالوا فيمن قال في صحته لأمتين تحته: إحداكما ثنتين فأعتقتا ثم اختار الزوج أن يوقع على إحداهما في مرضه فلا ميراث للمطلقة ولا يملك الزوج الرجعة وهو الجواب عن قول من يقول: إن الطلاق واقع في المعين.

والبيان تعيين من وقع عليه الطلاق لا شرط وقوع الطلاق، ويقال: إنه قول محمد، لأن الإيقاع والوقوع حصلا في حال لا حق لواحدة منهما وهي حالة الصحة فلا ترث ولا يملك الزوج الرجعة، لأن الإيقاع صادفها وهي أمة «**وطلاق الأمة ثنتان**»[1] على لسان رسول الله ﷺ فتثبت الحرمة الغليظة فلا يملك الرجعة.

وأما على قول من يقول: الطلاق غير واقع للحال بل معلق وقوعه بالاختيار وهو تفسير الإيقاع في الذمة، ويقال: إنه قول أبي يوسف فينبغي أن ترث ويملك الرجعة، لأن وقوع الطلاق تعلق بشرط اختياره.

والصحيح إذا علق طلاق امرأته بفعله ففعل وهو مريض ثم مات وهي في العدة ترثه سواء كان فعلاً له منه بد أو لا بد له منه كما إذا قال وهو صحيح إن دخلت أنا الدار فأنت طالق فدخلها وهو مريض يملك الرجعة، لأن الطلاق واقع عليها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة فيملك مراجعتها، ولو كانت إحداهما حرة فقال في صحته: إحداكما طالق ثنتين فأعتقت الأمة، ثم مرض الزوج فبين الطلاق في الأمة فالطلاق رجعي وللمطلقة الميراث في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد، ثم رجع أبو يوسف وقال: إذا اختار أن يوقع على التي كانت أمة فإنّها لا تحل له إلا بعد زوج، وذكر هذه المسألة في «**الزيادات**» وقال في جوابها: إنها لا تحل له إلا بعد زوج ولها الميراث ولم يذكر خلافاً، واختلاف الجواب بناء على اختلاف الطريق، فمن جعل الطلاق واقعاً في الجملة، وجعل البيان تعيين من وقع عليه الطلاق يقول: لا يملك الرجعة، لأنه وقع الطلاق عليها وهي أمة فحرمت حرمة غليظة وكان ينبغي أن ترث، لأن الإيقاع والوقوع كل ذلك وجد في حال الصحة، لأنه إنما قال بالتوريث لكون الزوج منهما في البيان لجواز أنه كان في قلبه الأخرى وقت الطلاق فبين في هذه فكان متهماً في البيان فترث فأما من لا يرى الطلاق واقعاً قبل الاختيار يقول يملك الرجعة، لأن الطلاقين وقعا وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة وترث لأن الطلاق رجعي، وإن كان التعليق في المرض والشرط في الصحة بأن طلقها ثلاثاً أو بائناً وهو مريض ثم صح، ثم مات لم ترث، لأنه لما صح تبين أن ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم يوجد الإيقاع ولا الشرط في المرض، فكان هذا والإيقاع في حال الصحة سواء ولهذا كان هذا المرض والصحة سواء في جميع الأحكام.

وأما وقت الاستحقاق: فهو وقت مرض الموت عندنا لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من معرفة مرض الموت لتفريق الأحكام المتعلقة به فنقول وبالله التوفيق ذكر الكرخي أن المريض مرض الموت هو الذي أضناه المرض وصار صاحب فراش، فأما إذا كان يذهب ويجيء وهو مع ذلك يحم/ فهو بمنزلة الصحيح. [ب/١١٧/ج]

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: المريض الذي إذا طلق امرأته كان فاراً هو أن يكون مضنىٰ لا يقوم إلا بشدة وهو في حال يعذر في الصلاة جالساً والحاصل: أن مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالباً ويدخل في هذه العبارة ما ذكره الحسن عن أبي حنيفة، وما ذكره الكرخي لأنه إذا كان مضنىٰ لا يقدر على القيام إلا بشدة يخشى عليه الموت غالباً، وكذا إذا كان صاحب فراش، وأما إذا كان يذهب ويجيء ولا يخشى عليه الموت غالباً، وإن كان يحم فلا يكون ذلك مرض الموت.

---

(١) تقدم تخريجه.

وكذلك صاحب الفالج والسل والنقرس ونحوها إذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لأن ذلك إذا طال لا يخاف منه الموت غالباً فلم يكن مرض الموت إلا إذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك التغير فيكون حال التغير مرض الموت لأنه إذا تغير يخشى منه الموت غالباً فيكون مرض الموت، وكذا الزمن والمقعد ويابس الشق.

وعلى هذا قالوا في المحصور والواقف في صف القتال ومن وجب عليه القتل في حد أو قصاص فحبس ليقتل إنه كالصحيح، لأنه ليس الغالب من هذه الأحوال الموت فإن الإنسان يتخلص منها غالباً لكثرة أسباب الخلاص.

ولو قدم ليقتل أو بارز قرنه وخرج من الصف فهو كالمريض إذ الغالب من هذه الحالة الهلاك فترتب عليه أحكام المريض إذا مات في ذلك الوجه، ولو كان في السفينة فهو كالصحيح إلا إذا هاجت الأمواج فيصير في حكم المريض في تلك الحالة، لأنه يخشى عليه منها الموت غالباً، ولو أعيد المخرج إلى القتل أو إلى الحبس أو رجع المبارز بعد المبارزة إلى الصف أو سكن الموج صار في حكم الصحيح كالمريض إذا بَرِىء من مرضه.

والمرأة إذا ما أخذها الطلق فهي في حكم المريض إذا ماتت من ذلك، لأن الغالب منه خوف الهلاك، وإذا سلمت من ذلك فهي في حكم الصحيح، كما إذا كانت مريضة ثم صحت، ولو طلقها وهو مريض ثم صح وقام من مرضه وكان يذهب ويجيء ويقوىٰ على الصلاة قائماً ثم نكس فعاد إلى حالته التي كان عليها، ثم مات لم ترثه في قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: ترثه.

وجه قوله: أن وقت تعلق الحق بالإرث، ووقت الموت وقت ثبوت الإرث والمرض قد أحاط بالوقتين جميعاً فانقطاعه فيما بين ذلك لا يعتبر لأنه ليس وقت التعليق ولا وقت الإرث.

ولنا: أنه لما صح بعد المرض تبين أن ذلك لم يكن مرض الموت فلم يوجد الطلاق في حال المرض فلا ترث والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يخص الطلاق المبهم فهو أن يكون لفظ الطلاق مضافاً إلى مجهولة فجملة الكلام فيه أن الجهالة إما إن كانت أصلية، وإما إن كانت طارئة، أما الجهالة الأصلية فهي أن يكون لفظ الطلاق من الابتداء مضافاً إلى المجهول وجهالة المضاف إليه يكون لمزاحمة غيره إياه في الاسم والمزاحم إياه في الاسم لا يخلو: إما أن يكون محتملاً للطلاق، وإما أن لا يكون محتملاً له، والمحتمل للطلاق لا يخلو: إما أن يكون ممن يملك الزوج طلاقه أو لا يملك طلاقه. فإن كان ممن يملك طلاقه صحت الإضافة بالإجماع نحو أن يقول لنسائه الأربع: إحداكن طالق ثلاثاً أو يقول لامرأتين له: إحداكما طالق ثلاثاً.

والكلام فيه يقع في موضعين:

أحدهما: في بيان كيفية هذا التصرف أعني قوله لامرأتيه: إحداكما طالق.

والثاني: في بيان الأحكام المتعلقة به.

أما الأول: فقد اختلف مشايخنا في كيفية هذا التصرف، قال بعضهم: هو إيقاع الطلاق في غير المعين على معنى أنه يقع الطلاق للحال في واحدة منهما غير عين واختيار الطلاق في إحداهما وبيان الطلاق فيها تعيين لمن وقع عليها الطلاق ويقال: إن هذا قول محمد.

وقال بعضهم: هو إيقاع الطلاق معلقاً بشرط البيان معنى، ومعناه: أن قوله إحداكما طالق ينعقد سبباً للحال لوقوع الطلاق عند البيان والاختيار لا للحال بمنزلة تعليق الطلاق بسائر الشروط من دخول الدار وغيره غير أن هناك الشرط يدخل على السبب والحكم جميعاً.

وههنا يدخل على الحكم لا على السبب كما في البيع بشرط الخيار، فإذا اختار طلاق إحداهما فقد وجد شرط وقوع الطلاق في حقها فيقع الطلاق عليها بالكلام السابق عند وجود شرط الوقوع وهو الاختيار كأنه علقه به نصاً، فقال: إن اخترت طلاق إحداكما فهي طالق، ويقال: إن هذا قول: أبي يوسف.

والمسائل متعارضة في الظاهر بعضها يؤيد القول/ الأول، وبعضها ينصر القول الثاني، ونحن نشير إلى [١١٨/أ/ج] ذلك ههنا ونذكر وجه كل واحد من القولين وترجيح أحدهما على الآخر، وتخريج المسائل عليه في كتاب العتاق إن شاء الله تعالى.

وقال بعضهم: البيان إظهار من وجه وإنشاء من وجه.

وزعموا: أن المسائل تخرج عليه وإنه كلام لا يعقل بل هو محال والبناء على المحال محال.

وأما الأحكام المتعلقة به فنوعان: نوع يتعلق به في حال حياة الزوج، ونوع يتعلق به بعد مماته.

أما النّوع الأول: فنقول إذا قال لامرأتيه: إحداكما طالق ثلاثاً فله خيار التعيين يختار أيهما شاء للطلاق لأنه إذا ملك الإبهام ملك التعيين، ولو خاصمناه واستعدتا عليه القاضي حتى يبين أعدى عليه وكلفه البيان، ولو امتنع أجبره عليه بالحبس لأن لكل واحدة منهما حقاً، أما استيفاء حقوق النكاح منه.

وأما التوصل إلى زوج آخر، وحق الإنسان يجب إيفاؤه عند طلبه، وإذا امتنع من عليه الحق يجبره القاضي على الإيفاء وذلك بالبيان ههنا فكان البيان حقها لكونه وسيلة إلى حقها ووسيلة حق الإنسان حقه والجبر على البيان يؤيد القول الأول، لأن الوقوع لو كان معلقاً بشرط البيان لما أجبر إذ الحالف لا يجبر على تحصيل الشرط، ولأن البيان إظهار الثابت وإظهار الثابت ولا ثابت محال ثم البيان نوعان: نص ودلالة.

أما النص: فنحو أن يقول: إياها عنيت أو نويت أو أردت أو ما يجري مجرى هذا، ولو قال: إحداكما طالق ثلاثاً، ثم طلق إحداهما عيناً بأن قال: لها أنت طالق وقال: أردت به بيان الطلاق الذي لزمني لا طلاقاً مستقبلاً كان القول قوله، لأن البيان واجب عليه.

وقوله: أنت طالق يحتمل البيان، لأنه إن جعل إنشاء في الشرع لكنه يحتمل الإخبار فيحتمل البيان إذ هو إخبار عن كائن، وهذا أيضاً ينصر القول الأول، لأن الطلاق لو لم يكن واقعاً لم يصدق في إرادة البيان للواقع.

وأما الدلالة: فنحو أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان نحو أن يطأ إحداهما أو يقبلها أو يطلقها أو

يحلف بطلاقها، أو يظاهر منها. لأن ذلك كله لا يجوز إلا في المنكوحة فكان الإقدام عليه تعييناً لهذه بالنكاح، وإذا تعينت هي للنكاح تعينت الأخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم، وإذا كن أربعاً أو ثلاثاً تعينت الباقيات لبيان الطلاق في واحدة منهن نصاً أو دلالة بالفعل أو بالقول بأن يطأ الثانية والثالثة فتتعين الرابعة للطلاق أو يقول: هذه منكوحة.

وهذه الرابعة إن كن أربعاً، وإن كن ثلاثاً تتعين الثالثة للطلاق بوطء الثانية، أو بقوله الثانية هذه منكوحة.

وكذلك إذا ماتت إحداهما قبل البيان طلقت الباقة، لأن التي ماتت خرجت عن احتمال البيان فيها، لأن الطلاق يقع عند البيان وقد خرجت عن احتمال الطلاق فخرجت عن احتمال البيان فتعينت الباقية للطلاق، وهذا يؤيد القول الثاني، لأن الطلاق لو كان وقع في غير المعين لما افترقت الحال في البيان بين الحياة والموت إذ هو إظهار ما كان فرق بين هذا وبين ما إذا باع أحد عبديه على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات أحدهما قبل البيان أنه لا يتعين الباقي منهما للبيع بل يتعين الميت للبيع ويصير المشتري مختاراً للبيع في الميت قبيل الموت ويجب عليه رد الباقي إلى البائع.

ووجه الفرق: أن هناك وجد المبطل للخيار قبيل الموت وهو حدوث عيب لم يكن وقت الشراء وهو المرض إذ لا يخلو الإنسان عن مرض قبيل الموت عادة وحدوث العيب في المبيع الذي فيه خيار مبطل للخيار فبطل الخيار قبيل الموت ودخل العبد في ملك المشتري فتعين الآخر للرد ضرورة، وهذا المعنى لم يوجد في الطلاق، لأن حدوث العيب في المطلقة لا يوجب بطلان الخيار.

ولو ماتت إحداهما قبل البيان، فقال الزوج إياها عنيت لم يرثها، وطلقت الباقية، لأنها كما ماتت تعينت الباقية للطلاق، فإذا قال: عنيت الأخرى فقد أراد صرف الطلاق عن الباقية فلا يصدق فيه ويصدق في إبطال الإرث، لأن ذلك حقه والإنسان في إقراره بإبطال حق نفسه مصدق لانتفاء التهمة.

وكذلك إذا ماتتا جميعاً أو إحداهما بعد الأخرى، ثم قال: عنيت التي ماتت أولاً لم يرث منهما، أما من الثانية فلتعينها للطلاق بموت الأولى، وأما من الأولى فلإقراره أنه لا حق له في ميراثها وهو مصدق على نفسه. ولو ماتتا جميعاً بأن سقط عليهما حائط أو غرقتا يرث/ [ب/١١٨/ج] من كل واحدة منهما نصف ميراثها، لأنه لا يستحق ميراث كل واحدة منهما في حال ولا يستحقه في حال فيتنصف كما هو أصلنا في اعتبار الأحوال.

وكذلك إذا ماتتا جميعاً أو إحداهما بعد الأخرى لكن لا يعرف التقدم والتأخر فهذا بمنزلة موتهما معاً، ولو ماتتا معاً ثم عين إحداهما بعد موتهما، وقال: إياها عنيت لا يرث منها، ويرث من الأخرى نصف ميراث زوج لأنهما لما ماتتا فقد استحق من كل واحدة منهما نصف ميراث لما بينا، فإذا أراد إحداهما عيناً فقد أسقط حقه من ميراثها وهو النصف فيرث من الأخرى النصف، ولو ارتدتا جميعاً قبل البيان فانقضت عدتهما وبانتا لم يكن له أن يبين الطلاق الثلاث في إحداهما، أما البينونة: فلأن الملك قد زال من كل وجه بالردة وانقضاء العدة وإذا زال الملك لا يملك البيان، وهذا يدل على أن الطلاق لم يقع قبل البيان إذ لو وقع لصح البيان بعد البينونة، لأن البيان حينئذ يكون تعيين من وقع عليه الطلاق فلا تفتقر صحته إلى قيام الملك ولو كانتا

رضيعتين فجاءت امرأة فأرضعتهما قبيل البيان بانتا، وهذا دليل ظاهر على صحة القول الثاني لأنه لو وقع الطلاق على إحداهما لصارت أجنبية فلا يتحقق الجمع بين الأختين بالرضاع نكاحاً فينبغي أن لا تبينا، وقد بانتا وإذا بانتا بالرضاع لم يكن له أن يبين الطلاق في إحداهما لما قلنا وهو دليل على ما قلنا.

ولو بين الطلاق في إحداهما تجب عليها العدة من وقت البيان كذا روي عن أبي يوسف حتى لو راجعها بعد ذلك صحت رجعته، وكذا إذا بين الطلاق في إحداهما وقد كانت حاضت قبل البيان ثلاث حيض لا تعتد بما حاضت قبله وتستأنف العدة من وقت البيان، وهذا يدل على أن الطلاق لم يكن واقعاً قبل البيان.

وروي عن محمد: أنه تجب العدة من وقت الإرسال وتنقضي إذا حاضت ثلاث حيض من ذلك الوقت ولا تصح الرجعة بعد ذلك، وهذا يدل على أن الطلاق نازل في غير المعين، ومن هذا حقق القدوري الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في كيفية هذا التصرف على ما ذكرنا من القولين، واستدل على الخلاف بمسألة العدة.

ولو قال لامرأتين له: إحداكما طالق واحدة، والأخرى طالق ثلاثاً فحاضت إحداهما ثلاث حيض بانت بواحدة والأخرى طالق ثلاثاً، لأن كل واحدة منهما مطلقة إلا أن إحداهما بواحدة والأخرى بثلاث، فإذا حاضت إحداهما ثلاث حيض فقد زال ملكه عنها بيقين فخرجت عن احتمال بيان الثلاث فيها فتعينت الأخرى للثلاث ضرورة، ولو كان تحته أربع نسوة لم يدخل بهن فقال: إحداكن طالق ثلاثاً، ثم تزوج أخرى جاز له، وإن كان مدخولاً بهن فتزوج أخرى لم يجز، وهذا حجة القول الأول، لأن الطلاق لو لم يكن واقعاً في إحداهن لما جاز نكاح امرأة أخرى في الفصل الأول لأنه يكون نكاح الخامسة ولجاز في الفصل الثاني لأنه يكون نكاح الرابعة، ولما كان الأمر على القلب من ذلك دل أن الطلاق لم يكن واقعاً قبل البيان.

ولو قال لامرأتين له في الصحة إحداكما طالق ثم بين في إحداهما في مرضه يصير فاراً وترثه المطلقة مع المنكوحة ويكون الميراث بينهما نصفين، وهذا حجة القول الثاني، لأن الطلاق لو كان واقعاً في إحداهما غير عين لكان وقوع الطلاق في الصحة فينبغي أن لا يصير فاراً كما إذا طلق واحدة منهما عيناً والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يتعلق بما بعد موت الزوج فأنواع ثلاثة: حكم المهر، وحكم الميراث، وحكم العدة إذا مات قبل البيان، أما حكم المهر فإن كانتا مدخولاً بهما فلكل واحدة منهما جميع المهر، لأن كل واحدة منهما تستحق جميع المهر منكوحة كانت أو مطلقة، أما المنكوحة فلا شك فيها.

وأما المطلقة فلأنها مطلقة بعد الدخول، وإن كانتا غير مدخول بهما فلهما مهر ونصف مهر بينهما لكل واحدة منهما ثلاثة أرباع المهر، لأن كل واحدة منهما يحتمل أن تكون منكوحة، ويحتمل أن تكون مطلقة، فإن كانت منكوحة تستحق جميع المهر، لأن الموت بمنزلة الدخول، وإن كانت مطلقة تستحق النصف، لأن النصف قد سقط بالطلاق قبل الدخول فلكل واحدة منهما كل المهر في حال، والنصف في حال وليست إحداهما بأولى من الأخرى فيتنصف فيكون لكل واحدة ثلاثة أرباع مهر.

هذا إذا كان قد سمى لهما مهراً فإن كان لم يسم لهما مهراً فلهما مهر ومتعة بينهما لأن كل واحدة منهما إن كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل، وإن كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكل واحدة منهما تستحق كمال مهر المثل في حال، ولا تستحق شيئاً من مهر المثل في حال، وكذا المتعة فتتنصف كل واحدة منهما فيكون لهما/ مهر ومتعة بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر المثل ونصف متعة. [١١٩/أ/ج]

وإن كان سمى لإحداهما مهراً، ولم يسم للأخرى فللمسمى لها ثلاثة أرباع المهر، وللتي لم يسم لها مهراً نصف مهر المثل، لأن المسمى لها إذا كانت منكوحة فلها جميع المسمى، وإن كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل ذلك فيكون لها ثلاثة أرباع المهر المسمى والتي لم يسم لها إن كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل وإن كانت مطلقة فليس لها من مهر المثل شيء فاستحقت في حال ولم تستحق شيئاً منه في حال فيكون لها نصف مهر المثل.

والقياس: أن يكون لها نصف المتعة أيضاً، وهو قول زفر، وفي الاستحسان ليس لها إلا نصف مهر المثل.

وجه القياس: أنها إن كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل، وإن كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكان لها كمال مهر المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحدة منهما فيكون لها نصف مهر مثلها ونصف متعتها.

وجه الاستحسان: أن نصف مهر المثل إذا وجب لها امتنع وجوب المتعة، لأن المتعة بدل عن نصف مهر المثل والبدل والمبدل لا يجتمعان.

هذا إذا كانت المسمى لها مهر المثل معلومة، فإن لم تكن معلومة فلها مهر وربع مهر إذا كان مهر مثلها سواء ويكون بينهما، لأن كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المسمى لها المهر فيكون لها ثلاثة أرباع المهر لما ذكرنا، ويحتمل أن تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال يجب ثلاثة أرباع المهر وفي حال يجب نصف المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر وثمن مهر، نصف مهر المسمى وثمن مهر المثل ولا تجب المتعة استحساناً.

والقياس: أن يجب نصف المتعة أيضاً ويكون بينهما وهو قول زفر.

وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا والله عز وجل أعلم.

وهذه المسائل: تدل على أن الطلاق قد وقع في إحداهما غير عين وقت الإرسال حيث شاع فيهما بعد الموت إذ الواقع يشيع والله عز وجل الموفق.

وأما حكم الميراث فهو أنهما يرثان منه ميراث امرأة واحدة ويكون بينهما نصفين في الأحوال كلها، لأن إحداهما منكوحة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى فيكون قدر ميراث امرأة واحدة بينهما، فإن كان للزوج امرأة أخرى سواهما لم يدخلها في الطلاق فلها نصف ميراث النساء ولهما النصف، لأنه لا يزاحمها إلا واحدة منهما، لأن المنكوحة واحدة منهما والأخرى مطلقة فكان لها النصف، ثم النصف الثاني

يكون بين الأخريين نصفين إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى.

وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة الطلاق لأن إحداهما منكوحة والأخرى مطلقة، وعلى المنكوحة عدة الوفاة لا عدة الطلاق، وعلى المطلقة عدة الطلاق لا عدة الوفاة فدارت كل واحدة من العدتين في حق كل واحدة من المرأتين بين الوجوب وعدم الوجوب، العدة يحتاط في إيجابها ومن الاحتياط القول بوجوبها على كل واحدة منهما والله تعالى الموفق.

وإن كان ممن لا يملك طلاقها لا تصح الإضافة بالإجماع بأن جمع بين امرأته وبين أجنبية فقال إحداكما طالق حتى لا تطلق زوجته لأن هذا الكلام يستعمل للإنشاء ويستعمل للإخبار، ولو حمل على الإخبار لصح لأنه يخبر أن إحداهما طالق والأمر على ما أخبر، ولو حمل على الإنشاء لم يصح، لأن إحداهما وهي الأجنبية لا تحتمل الإنشاء لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح على لسان رسول الله ﷺ فكان حمله على الإخبار أولى.

هذا إذا كان المزاحم في الاسم محتملاً للطلاق، فأما إذا لم يكن نحو ما إذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بهيمة فقال إحداكما طالق فهل تصح الإضافة، اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف: تصح حتى يقع الطلاق على امرأته، وقال محمد: لا تصح ولا تطلق امرأته.

وجه قوله: أن الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكاً في إيقاع الطلاق على المنكوحة كما لو جمع بين امرأة وبين أجنبية وقال: إحداكما طالق فلا يقع مع الشك.

ولهما: أنه إذا جمع بين من يحتمل الطلاق وبين من لا يحتمل الطلاق في الاسم وأضاف الطلاق إليهما، فالظاهر أنه أراد به من يحتمل الطلاق لا من لا يحتمل الطلاق، لأن إضافة الطلاق إلى من لا يحتمله سفه فانصرف مطلق الإضافة إلى زوجته بدلالة الحال؛ بخلاف ما إذا جمع بينها وبين أجنبية، لأن الأجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي محتملة للطلاق في الحال إخباراً إن كانت لا تحتمله إنشاء، وفي الصرف إلى الإخبار صيانة كلامه عن اللغو فصرف إليه، ولو جمع بين زوجته وبين رجل فقال: إحداكما طالق لم يصح في قول أبـي حنيفة/ حتى لا تطلق زوجته، وقال أبو يوسف: يصح [ب/١١٩/ج] وتطلق زوجته.

وجه قول أبـي يوسف: أن الرجل لا يحتمل الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنا منك طالق لم يصح فصار كما إذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بهيمة وقال: إحداكما طالق.

ولأبـي حنيفة: أن الرجل يحتمل الطلاق في الجملة، ألا ترى أنه يحتمل البينونة حتى لو قال لامرأته: أنا منك بائن، ونوى الطلاق يصح والإبانة من ألفاظ الطلاق فإن الطلاق نوعان: رجعي وبائن، وإذا كان محتملاً للطلاق في الجملة حمل كلامه على الإخبار كما إذا جمع بينها وبين أجنبية وقال إحداكما طالق، ولو جمع بين امرأته وبين امرأة ميتة فقال: أنت طالق أو هذه وأشار إلى الميتة لم تصح الإضافة بالإجماع حتى لا تطلق زوجته الحية، لأن الميتة من جنس ما يحتمل الطلاق وقد كانت محتملة للطلاق قبل موتها فصار كما لو جمع بينها وبين أجنبية والله عز وجل الموفق.

وأما الجهالة الطارئة فهي: أن يكون الطلاق مضافاً إلى معلومة ثم تجهل كما إذا طلق الرجل امرأة بعينها من نسائه ثلاثاً ثم نسي المطلقة.

والكلام في هذا الفصل في موضعين أيضاً:

أحدهما: في بيان كيفية هذا التصرف.

والثاني: في بيان أحكامه.

أما الأول: فلا خلاف في أن الواحدة منهن طالق قبل البيان، لأنه أضاف الطلاق إلى معينة، وإنما طرأت الجهالة بعد ذلك، والمعينة محل لوقوع الطلاق فيكون البيان ههنا إظهاراً أو تعييناً لمن وقع عليها الطلاق.

وأما الأحكام المتعلقة به فنوعان أيضاً على ما مر، أما الذي يتعلق به في حال حياة الزوج فهو أنه لا يحل له أن يطأ واحدة منهن حتى يعلم التي طلق فيجتنبها، لأن إحداهن محرمة بيقين، وكل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المحرمة فلو وطىء واحدةً منهما وهو لا يعلم بالمحرمة فربما وطيء المحرمة.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لوابصة بن معبد: «**الحلالُ بيّنٌ والحرام بين وبينهما أمور مشتَبهَاتٌ**»[1]، «**فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك**»[2] ولا يجوز أن تطلق واحدة منهنّ بالتحري، والأصل فيه أن كل ما لا يباح عند الضرورة لا يجوز فيه التحري، والفرج لا يباح عند الضرورة فلا يجوز فيه التحري، بخلاف الذكيّة إذا اختلطت بالميتة أنه يجوز التحري في الجملة وهي ما إذا كانت الغَلَبة للذكية عندنا، لأن الميتة مما تباح عند الضرورة، فإن جحدت كل واحدة منهن أن تكون المطلقة فاستعدينَ عليه الحاكم في النفقة والجماع أعدى عليه وحبسه على بيان التي طلق منهنّ وألزمه النفقة لهنّ، لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بحقوق النكاح، ومن عليه الحق إذا امتنع من الإيفاء مع قدرته عليه يحبس كمن امتنع من قضاء دين عليه وهو قادر على قضائه فيحبسه الحاكم ويقضي بنفقتهنّ عليه، لأن النفقة من حقوق النكاح، فإن ادّعت كل واحدة منهن أنها هي المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج، فعليه اليمين لكل واحدة منهن، لأن الاستحلاف للنكول والنكول بذل أو إقرار، والطلاق يحتمل البذل والإقرار فيستحلف فيه فإن أبـى أن يحلف فرق بينه وبينهن، لأنه بذل الطلاق لكل واحدة منهن أو أقر به والطلاق يحتمل كل واحدة منهن، وإن حلف لهن لا يسقط عنه البيان بل لا بد أن يبين، لأن الطلاق لا يرتفع باليمين فبقي على ما كان عليه فيؤخذ بالبيان.

وروى ابنُ سماعة عن محمد أنه قال: إذا كانتا امرأتين فحلف للأولى طلقت التي لم يحلف لها، لأنه لما أنكر للأولى أن تكون مطلقة تعينت الأخرى للطلاق ضرورة، وإن لم يحلف للأولى طلقت، لأنه بنكوله بذل الطلاق لها أو أقر به، فإن تشاحنا على اليمين حلف لهما جميعاً بالله تعالى ما طلق واحدة منهما لأنهما استويا في الدعوى، ويمكن إيفاء حقهما في الحلف فيحلف لهما جميعاً، فإن حلف لهما جميعاً حجب عنهما حتى يبين لأن إحداهما قد بقيت مطلقةً بعد الحلف إذ الطلاق لا يرتفع باليمين فكانت إحداهما محرمة ولا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

يمكن منها إلى أن يبين، فإن وطىء إحداهما فالتي لم يطأها مطلقة، لأن فعله محمول على الجواز ولا يجوز إلا بالبيان فكان الوطء بياناً أن الموطوءة منكوحةٌ فتعينت الأخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم كما لو قال إحداكما طالق ثم وطىء إحداهما، وإذا طلق واحدة من نسائه بعينها فنسيها ولم يتذكر فينبغي فيما بينه وبين الله تعالى أن يطلق كل واحد منهن تطليقةً رجعيةً ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين لأنه لا يجوز له أن يمسكهن فيقربهَنَّ جميعاً لأن إحداهنّ محرمة بيقين، ولا يجوز له أن يطأ واحدةً منهن بالتحري، لأنه لا مدخل للتحري في الفرج، ولا يجوز له أن يتركهنَّ بغير بيان لما فيه من الإضرار بهنَّ بإبطال حقوقِهِنَّ من هذا الزوج ومن غيره بالنكاح إذ لا يحل لهن النكاح، لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون منكوحة فيوقع على كل واحدة منهن تطليقةً رجعيةً ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين وإذا انقضت عدتهن وبنَّ فأراد أن يتزوَّج الكلَّ في عقدة واحدة قبل أن يتزوجن لم يجز، لأن واحدةً منهنَّ مطلقةٌ ثلاثة بيقين.

وإن أراد أن يتزوّج واحدةً منهن فالأحسن أن لا يتزوجها إلا بعد أن يتزوجْنَ كلُّهن بزوجٍ آخر لجواز أن تكون التي يتزوجها هي المطلقة ثلاثاً فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإذا تزوجن بغيره فقد حللن بيقين، فلو أنه تزوج واحدة منهن قبل أن يَتزوجْن بغيره جاز نكاحها، لأن فعله يحمل على الجواز والصحة ولا يصح إلا بالبيان فكان إقدامه على نكاحها بياناً أنها ليست بمطلقة بل هي منكوحة.

وكذا إذا تزوج الثانية والثالثة جاز لما قلنا، وتعينت الرابعة للطلاق ضرورة انتفاءِ المزاحم، وكذا إذا كانتا اثنتين فتزوج إحداهما تعينت الأخرى للطلاق لأنا نحمل نكاح التي تزوجها على الجواز ولا جواز له إلا بتعيين الأخرى للطلاق فتتعين الأخرى للطلاق ضرورةً.

هذا إذا كان الطلاق ثلاثاً فإن كان بائناً ينكحهن جميعاً نكاحاً جديداً ولا يحتاج إلى الطلاق، وإن كان رجعياً يراجعهن جميعاً، وإذا كان الطلاق ثلاثاً فماتت واحدة منهن قبل البيان فالأحسن أن لا يطأ الباقيات إلا بعد بيانِ المطلَّقة لجواز أن تكون المطلقة فيهنّ، وإن وطئهن قبل البيان جاز، لأن فعل العاقل المسلم يحمل على وجه الجواز ما أمكن، وههنا أمكن بأن يحمل فعله على أن تذكّر أن الميتة كانت هي المطلَّقة إذ البيان في الجهالة الطارئة إظهارٌ وتعيين لمن وقع عليها الطلاق بلا خلاف فلا تكون حياتها شرطاً لجواز بيان الطلاق فيها، وإذا تعينت هي للطلاق تعينت الباقيات للنكاح فلا يمنع من وطئهن بخلاف الجهالة الأصلية إذا ماتت واحدة منهن أنها لا تتعين للطلاق، لأن الطلاق هناك يقع عند وجود الشرط وهو البيان مقصوراً عليه والمحل ليس بقابل لوقوع الطلاق وقت البيان، ثم البيان ضربان: نصٌّ ودلالةٌ، أما النص فهو أن يبين المطلقة نصاً فيقول هذه هي التي كنت طلقتها، وأما الدلالة فهي أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان مثل أن يطأ واحدة أو يقبلها أو يطلقها أو يحلف بطلاقها أو يظاهر منها، فإن كانتا اثنتين تعينت الأخرى للطلاق، لأن فعله أو قوله يحمل على الجواز ولا يجوز إلا بتعيين الأخرى للطلاق فكان الإقدام عليه تعييناً للأخرى للطلاق ضرورة وكذا إذا قال هذه منكوحة وأشار إلى إحداهما تتعين الأخرى للطلاق ضرورة وكذا إذا قال هذه منكوحة، وإن كنّ أربعاً أو ثلاثاً تعينت الباقيات لكون المطلقة فيهن فتتعين بالبيان نصاً أو دلالة بالفعل أو بالقول على ما مر بيانه في الفصل الأول، ولو كنّ أربعاً ولم يكن دخل بهنّ فتزوج أخرى قبل البيان جاز لأن الطلاق واقع في إحداهُنَّ فكان هذا نكاح الرابعة فلا يتحقق الجمع بين الخمس فيجوز وإن كنّ مدخولاً بهنّ لا يجوز، لأنه

يتحقق الجمع لقيام النكاح من وجه لقيام العدة، ولو كان الطلاق في الصحة فبيّن في واحدة منهن في مرضه ثم مات لم ترثه، لأن البيان ههنا إظهار وتعين لمن وقع عليه الطلاق، والوقوع كان في الصحة فلا ترث بخلاف الفصل الأول.

وأما الذي يتعلق به بعد موت الزوج فأحكامه ثلاثة: حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة، وقد بيناها في الفصل الأول،والفصلان لا يختلفان في هذه الأحكام، فما عرفت من الجواب في الأول فهو الجواب في الثاني. والله سبحانه وتعالى أعلم.

تم بحمد الله وحسن توفيقه الجزء الرابع من مطبوعة القاهرة
ويليه الجزء الخامس وأوله كتاب الظهار ولله الحمد والمنة
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين

كتاب الظهار

يحتاج في هذا الكتاب إلى معرفة ركن الظهار، وإلى معرفة شرائط الركن وإلى معرفة حكم الظهار، وإلى معرفة ما ينتهي به حكمه وإلى معرفة كفارة الظهار،أما ركن الظهار:فهو اللفظ الدال على الظهار، والأصل فيه قول الرجل لامرأته أنت عليَّ كظهر أمي، يقال: ظاهر الرجل من امرأته وأظاهر وتظاهر وأظهر وتظهر أي قال لها أنت عليّ كظهر أمي، ويلحق به قوله: أنت عليَّ كبطن أمي، أو فخذ أمي، أو فرج أمي، ولأن معنى الظهار تشبيه الحلال بالحرام، ولهذا وصفه الله تعالى بكونه ﴿مُنْكَراً مِنَ القَولِ وزوراً﴾[1] فقال سبحانه وتعالى في آية الظهار ﴿وإنّهم ليقولونَ مُنْكَرَاً من القَوْلِ وَزُوراً﴾[2] وبطن الأم وفخذها في الحرمة مثل ظهرها، ولفرجها مزيد حرمة فتزداد جنايته في كون قوله: ﴿مُنْكَراً وَزُورَاً﴾ فيتأكد الجزاء وهو الحرمة.

فصل: وأما الشرائط فأنواع/ بعضها يرجع إلى المظاهِر، وبعضها يرجع إلى المظاهَر منه، وبعضها [ب/١٢٠/ج] يرجع إلى المظاهَر به، أما الذي يرجع إلى المظاهر فأنواع: منها أن يكون عاقلاً إما حقيقة أو تقديراً، فلا يصح ظهار المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن حكم الحرمة وخطاب التحريم لا يتناول من لا يعقل، ومنها: أن لا يكون معتوهاً، ولا مدهوشاً، ولا مبرسماً[3]، ولا مغمى عليه، ولا نائماً فلا يصح ظهار هؤلاء كما لا يصح طلاقهم، وظهار السكران كطلاقه[4] وهو على التفصيل الذي ذكرناه في كتاب الطلاق.

ومنها: أن يكون بالغاً فلا يصح ظهار الصبي وإن كان عاقلاً لما مر في ظهار المجنون، ولأن الظهار من التصرفات الضارة المحضة فلا يملكه الصبي كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التصرفات التي هي ضارة محضة.

ومنها: أن يكون مسلماً فلا يصح ظهار الذمي وهذا عندنا.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: (٢).

(٢) سورة المجادلة، الآية: (٢).

(٣) المبرسم: الرجل إذا أخذه البرسام.

(٤) أي من حيث الحكم والوقوع.

وعند الشافعي[١]: إسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره ويصح ظهار الذمي.

واحتج بعموم قوله عز وجل: ﴿والّذين يُظَاهِرونَ مِنْ نسائهم﴾[٢] من غير فصل بين المسلم والكافر، ولأن الكافر من أهل الظهار، لأن حكمه الحرمة والكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات، ولهذا كان أهلاً للطلاق فكذا الظهار.

ولنا: أن عمومات النكاح لا يقتضي حل وطء الزوجات على الأزواج نحو قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ هُمْ لفُروجِهم حافِظُون * إلا على أَزْوَاجهم أو مَا مَلَكَتْ أيمانهم فإنهم غَيرُ مَلومينَ﴾[٣].

وقوله عز وجل: ﴿نِسَاؤكم حرثٌ لَكُمْ فأتو حَرْثَكُمْ أنى شِئتُمْ﴾[٤] والظهار لا يوجب زوال النكاح والزوجية، لأن لفظ الظهار لا ينبيء عنه، ولهذا لا يحتاج إلى تجديد النكاح بعد الكفارة، لأن المسلم صار مخصوصاً، فمن ادعى تخصيص الذمي يحتاج إلى الدليل، ولأن حكم الظهار حرمة مؤقتة بالكفارة أو بتحرير يخلفه الصوم، والكافر ليس من أهل هذا الحكم فلا يكون من أهل الظهار وقد خرج الجواب عما ذكره من المعنى.

وأما آية الظهار فإنها تتناول المسلم لدلائل:

أحدها: أن أول الآية خاص في حق المسلمين، وهو قوله عز وجل: ﴿والَّذينَ يظاهرونَ مِنْكُم﴾.

فقوله تعالى ﴿مِنْكُم﴾ كناية عن المسلمين، ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿وإنَّ اللَّهَ لغفورٌ رحيمٌ﴾[٥] والكافر غير حائز المغفرة.

وقوله تعالى: ﴿والّذين يُظَاهِرون مِنْ نِسائهم﴾[٦] بناء على الأول.

والثاني: أن فيها أمراً بتحرير يخلفه الصيام إذا لم يجد الرقبة والصيام يخلفه الطعام إذا لم يستطع، وكل ذلك لا يتصور إلا في حق المسلم.

والثالث: أن المسلم مراد من هذه الآية بلا شك.

والمذهب عندنا: أن العام يبنى على الخاص، ومتى بني العام على الخاص خرج المسلم عن عموم الآية ولم يقل به أحد، وأما كونه حراً فليس بشرط لصحة الظهار فيصح ظهار العبد، لأن الظهار تحرم والعبد من أهل التحريم، ألا ترى أنه يملك التحريم بالطلاق فكذا بالظهار، ولعموم قوله عز وجل: ﴿والَّذينَ يُظَاهِرُون مِنْ نِسائِهم﴾[٧].

---

(١) انظر «الأم» (٥/٢٧٦).
(٢) سورة المجادلة، الآية: (٢).
(٣) سورة المؤمنون، الآيتان: (٤، ٥).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).
(٥) سورة المجادلة، الآية: (٢).
(٦) سورة المجادلة، الآية: (٢).
(٧) سورة المجادلة، الآية: (٢).

فإن قيل: هذه الآية لا تتناول العبد، لأنه جعل حكم الظهار التحرير بقوله تعالى: ﴿فتحريرُ رَقَبةٍ﴾[(١)] والعبد ليس من أهل التحرير فلا يكون من أهل حكم الظهار فلا يكون من أهل الظهار فلا يتناوله نص الظهار، فالجواب أنه ممنوع أنه جعل حكم الظهار التحرير على الإطلاق، بل جعل حكمه في حق من وجد، فأما في حق من لم يجد فإنما جعل حكمه الصيام بقوله تعالى: ﴿فَمَن لم يَجِد فَصِيامُ شَهْرَين مُتتَابِعَيْنِ﴾[(٢)] والعبد غير واجد لأنه لا يكون واجداً إلى بالملك، والعبد ليس من أهل الملك فلا يكون واجداً فلا يكون الإعتاق حكم الظهار في حقه «إِذْ لا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابنُ آدمَ»[(٣)] على لسان رسول الله ﷺ فلا يجوز له التفكير بالإعتاق وكذا بالإطعام، إذ الإطعام على وجه التمليك أو الإباحة، والإباحة لا تتحقق بدون الملك.

ولو كفر العبد بهما بإذن مولاه أو المولى كفر عنه بهما لم يجز لأن الملك لم يثبت له فلا يقع الإعتاق، والإطعام عنه بخلاف الفقير إذا أعتق عنه غيره أو أطعم فإنه يجوز، لأن الفقير من أهل الملك فثبت الملك له أولاً ثم يؤدي عنه بطريق النيابة والعبد ليس من أهل الملك فلا يملك المؤدئ فلا يجزيه في الكفارة إلا الصيام وليس لمولاه أن يمنعه من صيام الظهار بخلاف صيام النذر وكفارة اليمين لأن للمولى أن يمنعه عن ذلك، لأن صوم الظهار قد تعلق به حق المرأة لأنه يتعلق به استباحة وطئها الذي استحقه بعقد النكاح، فكان منعه إياها عن الصيام منعاً له عن إيفاء حق مستحق للغير فلا يملك ذلك، بخلاف صوم النذر وكفارة اليمين، لأنه لم يتعلق به حق أحد، فكان العبد بالصوم متصرفاً في المنافع المملوكة لمولاه من غير إذنه لا حق لأحد فيه فكان له منعه عن ذلك سواء كان العبد قناً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً أو مستسعى على أصل أبي حنيفة لما قلنا وكذا كونه جاداً فليس/ بشرط لصحة الظهار حتى يصح ظهار الهازل كما يصح طلاقه وكذا كونه طائعاً أو [أ/١٢٠/ج] عامداً ليس بشرط عندنا، فيصح ظهار المكره والخاطىء كما يصح طلاقهما.

وعند الشافعية[(٤)]: شرط فلا يصح ظهارهما كما لا يصح طلاقهما وهذه من مسائل الإكراه.

وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهراً بالكتابة المستبينة والإشارة المعلومة من الأخرس.

وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيصح ظهار شارط الخيار لما ذكرنا في كتاب الطلاق.

وأما كون المظاهر رجلاً فهل هو شرط صحة الظهار؟ قال أبو يوسف: ليس بشرط.

وقال محمد: شرط حتى لو قالت المرأة لزوجها: أنتَ عليَّ كظهر أمي تصير مظاهرة عند أبي يوسف وعليها كفارة الظهار، وعند محمد لا تصير مظاهرة، ولما حكي قولهما للحسن بن زياد فقال: هما شيخا الفقه أخطآ عليها كفارة اليمين إذا وطئها زوجها.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: (٣).

(٢) سورة المجادلة، الآية: (٤).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» رقم (٢/ ١٩٠) وأبو داود في «سننه» برقم (٢١٩٠) كتاب الطلاق باب في الطلاق قبل النكاح. والترمذي في «سننه» كتاب الطلاق باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح رقم (١١٨١) والنسائي في «المجتبى» كتاب الأيمان والنذور باب اليمين فيما لا يملك (٧/ ١٢).

(٤) انظر «الأم» (٥/ ٢٧٦).

وجه قول الحسن: أن الظهار تحريم فتصير كأنها قالت لزوجها أنت عليّ حرام ولو قالت ذلك تلزمها الكفارة إذا وطئها، كذا هذا.

وجه قول محمد: أن الظهار تحريم بالقول والمرأة لا تملك التحريم بالقول، ألا ترى أنها لا تملك الطلاق فكذا الظهار، ولأبي يوسف أن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهي من أهل الكفارة فكانت من أهل الظهار. والله أعلم.

ومنها: النية عند أبي حنيفة وأبي يوسف في بعض أنواع الظهار دون بعض، وبيان ذلك: أنه لو قال لامرأته أنت عليّ كظهر أمي كان مظاهراً، سواء نوى الظهار أو لا نية له أصلاً، لأن هذا صريح في الظهار، إذ هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السماع بحيث يسبق إلى أفهام السامعين فكان صريحاً لا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق في قوله أنتِ طالق.

وكذا إذا نوى به الكرامة أو المنزلة أو الطلاق أو تحريم اليمين لا يكون إلا ظهاراً، لأن هذا اللفظ صريح في الظهار، فإذا نوى به غيرهُ فقد أرادَ صرف اللفظ عما وضع له إلى غيره فلا ينصرف إليه، كما إذا قال لامرأته أنت طالق ونوى به الطلاق عن الوثاق أو الطلاق عن العمل أنه لا ينصرف إليه ويقع الطلاق لما قلنا، كذا هذا.

ولو قال: أردت به الإخبار عما مضى كذباً لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر لأن هذا اللفظ في الشرع جعل إنشاءاً فلا يصدق في إرادة الإخبار عنه كقوله: أنت طالق إذا أراد به الإخبار عن الماضي كاذباً ولا يسع للمرأة أن تصدقه كما لا يسع للقاضي، لأن القاضي إنما لا يصدقه لادعائه خلاف الظاهر، وهذا موجود في حق المرأة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه وكذا إذا قال: أنا منك مظاهرٌ وقد ظاهرتك فهو مظاهر، نوى به الظهار أو لا نية له، لأن هذا اللفظ صريح في الظهار أيضاً، إذ هو مكشوف المراد عند السامع فلا يفتقر إلى النية، وأي شيء نوى لا يكون إلا ظهاراً، وإن أراد به الخبر عن الماضي كاذباً لا يصدق قضاءً ويصدق ديانةً لما قلنا، كما لو قال أنت مطلقة أو قد طلقتك.

وكذا لو قال: أنت عليَّ كبطنِ أمي أو كفخذ أمي أو كفرج أمي، فهذا وقوله: أنت عليّ كظهر أمي على السواء لأنه يجري مجرى الصريح لما ذكرنا فيما تقدم. ولو قال لها: أنت عليّ كأمي أو مثل أمي يرجع إلى نيته، فإن نوى به الظهار كان مظاهراً، وإن نوى به الكرامة كان كرامة، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً، وإن نوى به اليمين كان إيلاءً لأن اللفظ يحتمل كل ذلك، إذ هو تشبيه المرأة بالأم فيحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة أي أنت عليّ في الكرامة والمنزلة كأمي ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم يحتمل ذلك حرمة الظهار، ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين، فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه فيكون على ما نوى، وإن لم يكن له نية لا يكون ظهاراً عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف، إلا أن عند أبي حنيفة لا يكون شيئاً.

وعند أبي يوسف: يكون تحريم اليمين، وعند محمد يكون ظهاراً.

احتج محمد بقوله تعالى في آية الظهار رداً على المظاهرين ﴿مَا هُنَّ أُمهاتهم﴾[1] وذكر الله سبحانه وتعالى الأم ولم يذكر ظهر الأم، فدل أن تشبيه المرأةِ بالأم وهو قوله: أنت عليّ كأمي ظهار حقيقة، كقوله أنت عليّ كظهر أمي، بل أولى، لأن قوله: أنت علي كظهر أمي تشبيه المرأة بعضو من أعضائها.

وقوله: أنت كأمي تشبيه بكلها ثم ذاك لما كان ظهاراً فهذا أولى، ولأن كاف التشبيه تختص بالظهار، فعند الإصلاق تحمل عليه، ولأبـي حنيفة وأبـي يوسف أن هذا اللفظ يحتمل الظهار وغيره احتمالاً على السواء لما ذكرنا فلا يتعين الظهار إلا بدليلٍ معيَّن ولم ويوجد، إلا أن أبا يوسف يقول يحمل على تحريم اليمين لأن الظاهر أنه أراد بهذا التشبيه في التحريم، وذلك يحتمل تحريم الطلاق وتحريم اليمين، إلا أن تحريم اليمين أدنى فيحمل/ عليه. [ب/١٢١/ج]

والجواب: أنا لا نسلم أنه أراد به التشبيه في التحريم بل هو محتملٌ، يحتملُ الحرمة وغيرها فلا يتغير التحريم من غير دليل مع ما أن معنى الكرامة والمنزلة أدنى فيحمل مطلق التشبيه عليه.

وما ذكره محمد أن الله تعالى ذكر الأمهات لا ظهورهن.

قلنا: هذا لا يدل على أن التشبيه بالأم ظهار حقيقة، لأنه لو كان حقيقة لقال: ما هن كأمهاتهم، لأنه أثبت الأمومية لها.

ولو قال: أنت عليَّ حرام كأمي حمل على نيته، لأنه إذا ذكر مع التشبيه التحريم لم يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم، ثم هو يحتمل تحريم الظهار ويحتمل تحريم الطلاق والإيلاء فيرجع إلى نيته، فإن لم يكن له نية يكون ظهاراً لأن حرف التشبيه يختص بالظهار فمطلق التحريم يحمل عليه.

ولو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، فإن نوى الظهار أو لا نية له أصلاً فهو ظهار، وإن نوى الطلاق لم يكن إلا ظهاراً في قول أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف ومحمد يكون طلاقاً.

وروي عن أبـي يوسف: أنه يكون ظهاراً وطلاقاً معاً.

وجه قولهما أن قوله: أنت عليّ حرام يحتمل الطلاق كما يحتمل الظهار، فإذا نوى به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته.

وأبو حنيفة يقول: لما قال بعد قوله حرام كظهر أمي فقد فسر التحريم بتحريم الظهار فزال الاحتمال فكان صريحاً في الظهار فلا تعمل فيه النية، وما روي عن أبـي يوسف غير سديد لأنه حمل اللفظ الواحد على معنيين، واللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين.

ولو قال: أنت عليّ كالميتة أو كالدم أو الخمر أو كلحم الخنزير يرجع إلى نيته إن نوى الطلاق كان طلاقاً، وإن نوى التحريم أو لا نية له يكون يميناً ويصير مولياً وإن قال: عنيت به الكذب لم يكن شيئاً ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء، وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الطلاق في فصل الإيلاء.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: (٢).

فصل: وأما الذي يرجع إلى المظاهَر منه.

فمنها: أن تكون زوجته، وهي أن تكون مملوكة له بملك النكاح فلا يصح الظهار من الأجنبية لعدم الملك، ويصح ظهار زوجته تنجيزاً وتعليقاً وإضافةً إلى وقت، بأن قال لها أنت عليَّ كظهر أمي إلى رأس شهر كذا لقيام الملك، وتعليقاً في الملك بأن قال لها: إن دخلت الدار أو إن كلمتِ فلاناً فأنتِ عليَّ كظهر أمي لوجود الملك وقت اليمين.

وأما تعليقه بالملك وهو إضافته إلى سبب الملك فصحيح عندنا خلافاً للشافعي[1] بأن قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي حتى لو تزوجها صار مظاهراً عندنا لوجود الإضافة إلى سبب الملك، وعنده لا يصح لعدم الملك للحال. ولو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي لا يقع الظهار، حتى لو تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهراً بالإجماع لعدمِ الملكِ، والإضافة إلى سبب الملك، وعلى هذا يخرج الظهار من الأمة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة أنه لا يصح لعدم الزوجية، ثم إنما كانت الزوجية شرطاً لصحة الإظهار، لأن ثبوت الحرمة بالظهار أمر ثبت تعبداً غير معقول المعنى، لأن قوله أنت عليّ كظهر أمي تشبيه المرأة بالأم، وأنه (محتمل يحتمل) التشبيه في الكرامة والمنزلة، ويحتمل التشبيه في الحرمة.

ثم التشبيه في الحرمة محتمل أيضاً يحتمل حرمة الظهار، وهي الحرمة المؤقتة بالكفارة، ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين، وهذه الوجوه كلها في احتمال اللفظ سواء، فلا يجوز تنزيله على بعض الوجوه من غير دليل معيَّن إلا أن هذه الحرمة تثبت شرعاً غير معقول فيقصر على مورد الشرع وهي الزوجية، قال الله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾[2] والمراد منه الزوجات كما في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِم﴾[3] وقوله تعالى: ﴿وأمهاتُ نِسَائكم﴾[4] وقوله عز وجل ﴿نِسَاؤكُمْ حَرْثٌ لكُمْ فأْتوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾[5] ونحو ذلك، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة قنة، أو مدبرة وأم ولد، أو ولد أم ولد، أو مكاتبة، أو مستسعاة على أصل أبي حنيفة لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِّسَاءِهِمْ﴾[6].

ومنها: قيام ملك النكاح من كل وجه فلا يصح الظهار من المطلقة ثلاثاً ولا المبانة والمختلعة وإن كانت في العدة بخلاف الطلاق، لأن المختلعة والمبانة يلحقهما صريح الطلاق، لأن الظهار تحريم وقد ثبتت الحرمة بالإبانة والخلع وتحريم المحرم محال، ولأنه لا يفيد، لأن الثاني لا يفيد إلا ما أفاده الأول فيكون عبثاً لخلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق، ولأن الطلاق إزالة حل المحلية وأنه قائم بعد الإبانة فلم يكن إثبات الثابت فلم يكن مستحيلاً.

---

(١) انظر «الأم» (٥/٢٧٧).
(٢) سورة المجادلة، الآية: (٣).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٦).
(٤) سورة الأحزاب، الآية: (٦).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).
(٦) سورة المجادلة، الآية: (٣).

وكذا الثاني يفيد غير ما أفاده الأول وهو نقصان/ العدد فهو الفرق بين الفصلين، وكذا إذا علق الطلاق [١٢٢/أ/ج] بشرط ثم أبانها قبل وجود الشرط ثم وُجِدَ الشرط وهي في العدة أنه لا ينزل الظهار بخلاف ما إذا علق الإبانة بشرط فنجز الإبانة ثم وجد الشرط وهي في العدة أنه يلحقها البائن المعلَّق لما ذكرنا أن الظهار تحريم والمبانة محرمة فلو لحقها الظهار بيمين كانت قبل الإبانة لكان تحريم المحرم وهو مستحيل ثم هو غير مفيد فاستوى فيه الظهار المبتدأ والمعلق بشرط بخلاف البينونة المعلقة بشرط، لأن ثبوتها بعد تنجيز الإبانة غير مستحيل وهو مفيد أيضاً وهو نقصان العدد والله عز وجل الموفق.

ومنها: أن يكون الظهار مضافاً إلى بدن الزوجة أو إلى عضو منها جامع أو شائع وهذا عندنا، وعند الشافعي[١] ليس بشرط وتصح الإضافة إليها أو إلى كل عضو منها.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لها: رأسك عليّ كظهر أمي أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أنه يصير مظاهراً، لأن هذه الأعضاءَ يُعَبرُ بِها عنْ جميع البدنِ فكانت الإضافةُ إليها إضافةً إلى جميعِ البدنِ.

وكذا إذا قال لها ثلثك علي كظهر أمي أو ربعك أو نصفك ونحو ذلك من الأجزاء الشائعة.

ولو قال: يدك أو رجلك أو أصبعك لا يصير مظاهراً عندنا خلافاً للشافعي[٢]، واختلف مشايخنا في الظهر والبطن، وهذه الجملة قد مرت في كتاب الطلاق.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المظاهَرَ به.

فمنها: أن يكون من جنس النساء حتى لو قال لها: أنت عليَّ كظهر أبي أو ابني لا يصح، لأن الظهار عرفاً موجباً بالشرعِ والشرعُ إنما ورد بها فيما إذا كان المظاهَرُ به امرأةً.

ومنها: أن يكون عضواً لا يحل له النظر إليه من الظهر والبطن والفخذ والفرج حتى لو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رجلها لا يصير مظاهراً، لأن هذه الأعضاء من أمه يحل له النظر إليها.

ومنها: أن تكون هذه الأعضاء من امرأة يحرم نكاحها عليه على التأبيد، سواء حرمت عليه بالرحم كالأم والبنت والأخت وبنت الأخ والأخت والعمة والخالة أو بالرضاع أو بالصهرية كامرأة أبيه وحليلة ابنه لأنه يحرم عليه نكاحهن على التأبيد، وكذا أم امرأته سواء كانت امرأته مدخولاً بها أو غير مدخول بها لأن نفس العقد على البنت محرم للأم فكانت محرمة عليه على التأبيد، وأما بنت امرأته فإن كانت امرأته مدخولاً بها فكذلك لأنه إذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها على التأبيد، وإن كانت غير مدخول بها لا يصيرُ مظاهراً لعدم الحرمة على التأبيد، ولو شبهها بظهر امرأة زنى بها أبوه أو ابنه.

قال أبو يوسف: هو مظاهر.

وقال محمد: ليس بمظاهر بناء على أن قاضياً لو قضى بجواز نكاح امرأة زنى بها أبوه أو ابنه لا ينفذُ قَضاؤُهُ عند أبي يوسف حتى لو رفع قضاؤه إلى قاض آخر أبطله فكانت محرمة النكاح على التأبيد، وعند

---

(١) انظر «الأم» (٥/ ٢٧٧).

(٢) انظر «الأم» (٥/ ١٨٦ و ١٨٧) و «المهذب» (٢/ ٨١)، و «المنهاج» صفحة (١٥٧).

محمد يَنْفُذُ قَضَائُهُ وليس للقاضي الثاني أن يبطله إذا رفع إليه فلم تكن محرمة على التأبيد.

وجه قول أبي يوسف: أن حرمة نكاح موطوءة الأب منصوص عليها قال، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءاباؤكم مِنَ النِّسَاءِ﴾[1] لأن النكاح في اللغة الضم، وحقيقة الضم في الوطء فلم يكن هذا محل الاجتهاد إذ الاجتهاد المخالف للنصوص باطل فالقضاء بالجواز يكون مخالفاً للنص فكان باطلاً بخلاف ما إذا شبهها بامرأة قد فرق بينه وبينها باللعان أنه لا يكون مظاهراً، وإن كان لا يجوز له نكاحها عندي، لأنه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز، لأن حرمة نكاحها غير منصوص عليه فلم تكن محرمة على التأبيد.

وجه قول محمد أن جواز نكاح هذه المرأة مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد وأنه جائز عند الشافعي[2]، وقد ظهر الاختلاف فيه في السلف فكان محل الاجتهاد، وظاهر النص محتمل التأويل فكان للاجتهاد فيه مساغاً وللرأي مجالاً أو لو شبهها بظهر امرأة هي أم المزنيّ بها أو بنت المزنيّ بها لم يكن مظاهراً، لأن هذا فصل مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد في (السلف) فلم تكن المرأة المظاهر بها محرمة على التأبيد ولو قبّل أجنبيةً بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهراً عند أبي حنيفة.

قال: ولا يشبه هذا الوطء الوطء أبين وأظهر، عنى بذلك أنه لو شبه زوجته ببنت موطوأته فلا يصير مظاهراً فهذا أولى، لأن التقبيل واللمس والنظر إلى الفرج سبب مفضٍ إلى الوطء فكان دون حقيقة الوطء، فلما لم يصر مظاهراً بذلك فهذا أولى، وعند أبي يوسف يكون مظاهراً، لأن الحرمة بالنظر منصوص عليها.

[ب/١٢٢/ج] قال النبي ﷺ: «مَنْ كَشَفَ خمارَ امرأةٍ/ أو نظرَ إلى فَرْجِهَا حرُمتْ عليهِ أُمُّها وابنتها»[3] وعلى هذا يخرج ما إذا شبهها بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حال أخرى كأخت امرأته أو امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة أنه لا يكون مظاهراً لأنها غير محرمة على التأبيد والله أعلم.

فصل: وأما حكم الظهار فللظهار أحكام:

منها: حرمة الوطء قبل التكفير لقوله عز وجل: ﴿والَّذينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِّسَائِهِم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[4] أي فليحرروا كما في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾[5] أي ليرضعن، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾[6] أي ليتربصن أمر المظاهر بتحرير رقبة قبل المسيس، فلو لم يحرم الوطء قبل المسيس لم يكن للأمر بتقديم التحرير قبل المسيس معنى وهو كقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّها الذينَ آمَنُوا إذا ناجَيْتُمُ الرَّسولَ فقدِّموا بين يدي نَجْواكم صدقةً﴾[7] وأنه يدل

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٢).

(٢) انظر «الأم» (٥/ ١٥٣).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» بلفظ عن عمران بن الحصين فيمن فجر بأم امرأته: حرمت عليه وإسناده لا بأس به. ورواه ابن أبي شيبة وإسناده مجهول قاله البيهقي. من «إعلاء السنن» (١٠/ ٣٠) ا.هـ.

(٤) سورة المجادلة، الآية: (٣).

(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

(٧) سورة المجادلة، الآية: (١٢).

على حرمة النجوى قبل الصدقة إذ لو لم يحرم لم يكن للأمر بتقديم الصدقة على النجوى معنى فكذا هذا.

وروي أن مسلمة بن صخر البياضي ظاهر من امرأته ثم أبصرها في ليلة قمراء وعليها خلخال فضة فأعجبته فوطئها فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ: «استغفرِ اللَّهَ ولا تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّر»[1] أمره ﷺ بالاستغفار، والاستغفار إنما يكون عن الذنب، فدل على حرمة الوطء، وكذا نهي المظاهر عن العود إلى الجماع ومطلق النهي للتحريم فيدل على حرمة الجماع قبل الكفارة.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «إذَا قالَ: أنتِ عليّ كظهر أمي لم تحلّ له حتى يكفر».

ومنها: حرمة الاستمتاع بها من المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر إلى فرجها عن شهوة قبل أن يكفر لقوله عز وجل: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يتماسّا﴾[2] وأخف ما يقع عليه اسم المس هو اللمس باليد إذ هو حقيقة لهما جميعاً أعني الجماع واللمس باليد لوجود معنى المسّ باليد فيهما، ولأن الاستمتاع داعٍ إلى الجماع، فإذا حَرُم الجماع حرم الداعي إليه إذ لو لم يحرم لأدى إلى التناقض، ولهذا حرم في الاستبراء وفي الإحرام بخلاف باب الحيض والنفاس لأن الاستمتاع هناك لا يفضي إلى الجماع لوجود المانع وهو استعمال الأذى فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يفضي إلى الجماع، ولأن هذه الحرمة إنما حصلت بتشبيه امرأته بأمه فكانت قبل انتهائها بالتكفير وحرمة الأم سواء وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا هذه، ولأن الظهار كان طلاق القوم في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل إلى تحريم الفعل فكانت حرمة الفعل في المظاهَرِ منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح وتلك الحرمة تعم البدن كله كذا هذه، ولا ينبغي للمرأة إذا ظاهر منها زوجها أن تدعه يقربها بالوطء والاستمتاع حتى يكفّر، لأن ذلك حرام عليه والتمكين من الحرام حرام. ومنها: أن للمرأة أن تطالبه بالوطء وإذا طالبته به فعلى الحاكم أن يجبره حتى يكفر ويطأ، لأنه بالتحريم بالظهار أضرّ بها حيث منعها حقها في الوطء مع قيام الملك فكان لها المطالبة بإيفاء حقها ودفع التضرر عنها وفي وسعه إيفاء حقها بإزالة الحرمة بالكفارة فيجب عليه ذلك ويجبر عليه لو امتنع.

ويستوي في هذه الأحكام جميع أنواع الكفارات كلها من الإعتاق والصيام والطعام أعني كما أنه لا يباح له وطؤها والاستمتاع بها قبل التحرير والصوم، لا يباح له قبل الإطعام، وهذا قول عامة العلماء.

وقال مالك: إن كانت كفارته الإطعام جاز له أن يطأها قبله، لأن الله تعالى ما شرط تقديم هذا النوع على المسيس في كتابه الكريم، ألا ترى أنه لم يذكر فيه من قبل أن يتماسا وإنما شرط سبحانه وتعالى في النوعين الأولين فقط فيقتصر الشرط على الموضع المذكور.

ولنا: أنه لو أبيح له الوطء قبل الإطعام فيطؤها، ومن الجائز أنه يقدر على الإعتاق والصيام في خلال الإطعام فتنتقل كفارته إليه فتبين أن وطأه كان حراماً فيجب صيانته عن الحرام بإيجاب تقديم الإطعام احتياطاً.

---

(١) أخرجه أبو داود برقم (٢٢٢٣، ٢٢٢٥) كتاب الطلاق باب في الظهار وابن ماجه (٢٠٦٥) كتاب الطلاق باب المظاهر يجامع... والترمذي (١١٩٩) والنسائي (٦/١٦٨) كتاب الطلاق باب الظهار. كتاب الطلاق باب ما جاء في المظاهر.

(٢) سورة المجادلة، الآية: (٣).

وعلى هذا يخرج ما إذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له أن عليه أربع كفارات سواء ظاهر منهن بأقوال مختلفة أو بقول واحد.

وقال الشافعي: إذا ظاهر[1] بكلمة واحدة فعليه كفارة واحدة.

وجه قوله: أن الظهار أحد نوعي التحريم فيعتبر بالنوع الآخر وهو الإيلاء، وهناك لا يجب إلا كفارة واحدة بأن قال لنسائه الأربع: والله لا أقربكن فقربهن فكذا ههنا.

ولنا: الفرق بين الظهار وبين الإيلاء وهو: أن الظهار وإن كان بكلمة واحدة فإنها تتناول كل واحدة منهن على حيالها/ [١٢٣/أ/ج] فصار مظاهراً من كل واحدة منهن والظهار تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فإذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة بخلاف الإيلاء، لأن الكفارة ثمةَ تجب لحرمة اسم الله تعالى جبراً لهتكه والاسم اسم واحد فلا تجب إلا كفارة واحدة، وكذا إذا ظاهر من امرأة واحدة بأربعة أقوال يلزمه أربع كفارات، لأنه أتى بأربع تحريمات، ولو ظاهر من امرأة واحدة في مجلس واحد ثلاثاً أو أربعاً، فإن لم يكن له نية فعليه لكل ظهار كفارة لأن كل ظهار يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة.

فإن قيل إنها إذا حرمت بالظهار الأول فكيف تحرم بالثاني وأنه إثبات الثابت وأنه محال ثم هو غير مفيد، فالجواب أن الثاني إن كان لا يفيد تحريماً جديداً فإنه يفيد تأكد الأول فلئن تعذر إظهاره في التحريم أمكن إظهاره في التكفير فكان مفيداً فائدة التكفير، وإن نوى به الظهار الأول فعليه كفارة واحدة لأن صيغته صيغة الخبر وقد يكرر الإنسان اللفظ على إرادة التغليظ والتشديد دون التجديد والظهار لا يوجب نقصان العدد في الطلاق، لأنه ليس بطلاق ولا يوجب البينونة، وإن طالت المدة، لأنه لا يوجب زوال الملك وإنما يحرم الوطء قبل التكفير مع قيام الملك.

وإن جامعها قبل أن يكفر لا يلزمه كفارة أخرى وإنما عليه التوبة والاستغفار ولا يجوز له أن يعود حتى يكفر لما روينا أن رسول الله ﷺ قال لذلك الرجل الذي ظاهر من امرأته فواقعها قبل أن يكفر: «اسْتَغْفِرِ اللَّهَ ولا تَعد حَتَى تُكَفِّرَ»[2] فأمره ﷺ بالاستغفار لما فعل لا بالكفارة ونهاه ﷺ عن العود إليه إلا بتقديم الكفارة عليه والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما ينتهي به حكم الظهار أو يبطل فحكم الظهار ينتهي بموت أحد الزوجين لبطلان محل حكم الظهار ولا يتصور بقاء الشيء في غير محله وينتهي بالكفارة وبالوقت إن كان موقتاً، وبيان ذلك أن الظهار لا يخلو إما إن كان مطلقاً، وإما إن كان موقتاً، فالمطلق كقوله: أنت عليّ كظهر أمي، وحكمه لا

---

(١) انظر ما قاله في «الأم»: «وإذا تظاهر الرجل من أربع نسوة بكلمة واحدة وبكلام متفرق فسواء، وعليه في كل واحدة منهن كفارة لأن التظاهر تحريم لكل واحد منهن لا تحل له بعد حتى يكفر، كما يطلقهن معاً في كلمة واحدة أو كلام متفرق فتكون كل واحدة منهن طالقاً» (٢٧٨/٥).

وقال المزني في «المختصر»: «... فقال في كتاب الظهار الجديد وفي الإملاء على مسائل مالك أن عليه في كل واحدة كفارة كما يطلقهن معاً بكلمة واحدة وقال في الكتاب القديم ليس عليه إلا كفارة واحدة لأنها يمين ثم رجع إلى الكفارات» قال المزني: «وهذا بقوله أولى». «المختصر» (٢٠٣).

(٢) سبق تخريجه.

ينتهي إلا بالكفارة لقوله ﷺ لذلك المظاهر: «استغفرِ اللّهَ وَلا تَعَدْ حَتّى تكفِّرَ»[١] نهاه عن الجماع ومد النهي إلى غاية التكفير فيمتد إليها، ولا يبطل ببطلان ملك النكاح ولا ببطلان حل المحلية، حتى لو ظاهر منها ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم تزوجها لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها حتى يكفر، وكذا إذا كانت زوجته أمة فظاهر منها ثم اشتراها حتى بطل النكاح بملك اليمين.

وكذا لو كانت حرة فارتدت عن الإسلام ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم اشتراها، وكذا إذا ظاهر منها، ثم ارتدت عن الإسلام في قول أبي حنيفة، واختلفت الرواية عن أبي يوسف على ما ذكرنا في الإيلاء.

وكذا إذا طلقها ثلاثاً فتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول لا يحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة عليه لأن الظهار قد انعقد موجباً حكمه وهو الحرمة والأصل أن التصرف الشرعي إذا انعقد مفيداً لحكمه وفي بقائه احتمال الفائدة أو وهم الفائدة يبقى لفائدة محتملة أو موهومة، أصله الإبَاق الطارىء على البيع واحتمال العود ههنا قائم فيبقى، وإذا بقي يبقى على ما انعقد عليه وهو ثبوت حرمة لا ترتفع إلا بالكفارة. وإن كان موقتاً بأن كان قال لها أنت عليّ كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة صح التوقيت وينتهي بانتهاء الوقت بدون الكفارة عند عامة العلماء، وهو أحد قولي الشافعي[٢]، وفي قوله الآخر وهو قول مالك يبطل التأقيت ويتأبد الظهار.

وجه قوله: أن الظهار أخو الطلاق إذ هو أحد نوعي التحريم ثم تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت، كذا تحريم الظهار.

ولنا: أن تحريم الظهار أشبه بتحريم اليمين من الطلاق، لأن الظهار تحله الكفارة كاليمين يحله الحنث ثم اليمين تتوقت كذا الظهار بخلاف الطلاق لأنه لا يحله شيء فلا يتوقت، والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان كفارة الظهار فالكلام فيه يقع في مواضع:

في تفسير كفارة الظهار، وفي بيان سبب وجوبها، وفي بيان شرط وجوبها، وفي بيان شرط جوازها.

أما تفسيرها: فما ذكره الله عز وجل في كتابه العزيز من أحد الأنواع الثلاثة لكن على الترتيب، الإعتاق ثم الصيام ثم الإطعام. وأما سبب وجوب الكفارة فلا خلاف في أن الكفارة لا تجب إلا بعد وجود العَوْد والظهار لقوله عز وجل: **﴿والّذينَ يُظاهرون من نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعودُونَ لِمَا قالوا فتَحْريرُ رقبةٍ مِنْ قبلِ أَنْ يتماسّا﴾**[٣] غير أنه اختلف في العود.

قال أصحاب الظواهر: هو أن يكون لفظ الظهار.

وقال الشافعي[٤]: هو إمساك المرأة على النكاح بعد الظهار، وهو أن/ يسكت عن طلاقها عقيب [ب/١٢٣/ج] الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه، فإذا أمسكها على النكاح عقيب الظِّهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فلم

---

(١) تقدم في الحديث السابق.
(٢) انظر «المجموع للنووي» (١٩/ ٦٦) تكملة المطيعي.
(٣) سورة المجادلة، الآية: (٣).
(٤) انظر «المجموع للنووي» (١٩/ ٧٣).

يطلقها فقد وجبت عليه الكفارة على وجه لا يحتمل السقوط بعد ذلك، سواء غابت أو ماتت، وإذا غاب فسواء طلقها أو لم يطلقها، راجعها أو لم يراجعها، ولو طلقها عقيب الظهار بلا فصل يبطل الظهار فلا تجب الكفارة لعدم إمساك المرأة عقيب الظهار.

وقال أصحابنا: العود هو العزم على وطئها عزماً مؤكداً، حتى لو عزم ثم بدا له في أن لا يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد لا أنه وجبت الكفارة بنفس العزم ثم سقطت، كما قال بعضهم، لأن الكفارة بعد سقوطها لا تعود إلا بسبب جديد.

وجه قول أصحاب الظواهر: التمسك بظاهر لفظة العود لأن العود في القول عبارة عن تكراره. قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إلى الَّذِينَ نُهُوا عَنِ النّجوى ثم يعودونَ لما نُهُوا عَنْهُ﴾[1] فكان معنى قوله ثم يعودون لما قالوا: أي يرجعون إلى القول الأول فيكررونه.

وجه قول الشافعي: أن قوله تعالى: ﴿والّذينَ يُظاهِرُونَ مِنْ نسائِهِم ثمَّ يعودون لِمَا قالوا فتحريرُ رقبةٍ مِنْ قَبْلِ﴾[2] يقتضي وجوب الكفارة بعد العَود، وذلك فيما قلنا لا فيما قلتم، لأن عندكم لا تجب الكفارة وإنما يحرم الوطء إلى أن يؤدي الكفارة فترتفع الحرمة، وهذا خلاف النصّ. ولنا أن قول القائل قال فلان كذا، ثم عاد قال في اللغة: يحتمل أن يكون معناه عاد إلى ما قال، وفيما قال أي كرره، ويحتمل أن يكون معناه عاد لنقض ما قال، فإنه حُكِيَ أن أعرابياً تكلم بين يدي الأصمعي بأنه كان يبني بناءً ثم يعود له، فقال له الأصمعي: ما أردت بقولك أعود له؟.

فقال: أنقضه.

ولا يمكن حمله على الأول وهو التكرار، لأن القول لا يحتمل التكرار لأن التكرار إعادةُ عين الأوّل، ولا يتصور ذلك في الإعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور إعادتها، وكذا النبي ﷺ: «لما أمر أوساً بالكفارة لم يسأله أنه هل كرّر الظهار أم لا»[3] ولو كان ذلك شرطاً لسأله إذ الموضع موضع الإشكال، وكذا الظهار الذي كان متعارفاً بين أهل الجاهلية لم يكن فيه تكرار القول، وإذا تعذر حمله على الوجه الأول يحمل على الثاني وهو العود لنقض ما قالوا وفسخه فكان معناه ثم يرجعون (عما) قالوا: وذلك بالعزم على الوطء، لأن ما قاله المظاهر هو تحريم الوطء فكان العود لنقضه وفسخه استباحةَ الوطء وبهذا تبين فساد تأويل الشافعي العودَ بإمساك المرأة واستبقاء النكاح، لأن إمساك المرأة لا يعرف عوداً في اللغة ولا إمساك شيء من الأشياء يتكلم فيه بالعود، ولأن الظهار ليس برفع النكاح حتى يكون العَود لما قال استبقاءً للنكاح فبطل تأويلُ العود بالإمساك على النكاح.

والدليل على بطلان هذا التأويل أن الله تعالى قال: ﴿ثمَّ يَعُودُونَ لِمَا قالُوا﴾[4] وثم التراخي فمَنْ جَعَل

---

(١) سورة المجادلة، الآية: (٨).

(٢) سورة المجادلة، الآية: (٤).

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (٦/ ٤١٠) وأبو داود في «السنن» برقم (٢٢١٤) كتاب الطلاق باب في الظهار.

(٤) سورة المجادلة، الآية: (٣).

العَوْد عبارة عن استبقاء النكاح وإمساك المرأة عليه فقد جعله عائداً عقيب القول بلا تراخٍ، وهذا خلاف النص.

أما قوله: إن النص يقتضي وجوب الكفارة وعندكم لا تجب الكفارة فليس كذلك بل عندنا تجب الكفارة إذا عزم على الوطء كأنه قال تعالى إذا عزمت على الوطء فكفر قبله، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿إِذَا قُمتُمْ إِلَى الصَّلَاة فاغْسِلُوا﴾[1] وقوله سبحانه: ﴿إِذَا نَاجَيْتُم الرَّسُولَ فقدِّمُوا﴾[2] ونحو ذلك.

واختلف أيضاً في سبب وجوب هذه الكفارة.

قال بعضهم: إنها تجب بالظهار والعَوْد جميعاً، لأن الله تعالى علّقها بهما بقوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرُون مِنْ نِسَائِهم ثُمَّ يعودُون لِمَا قالوا فتحريرُ رقبةٍ﴾[3].

وقال بعضهم: سبب الوجوب هو الظهار والعود شرط، لأن الظهار ذنب، ألا ترى أن الله تعالى جعله منكراً من القول وزوراً، والحاجة إلى رفع الذنب والزجر عنه في المستقبل ثابتة فتجب الكفارة لأنها رافعة للذنب وزاجرة عنه.

والدليل عليه أنه تضاف الكفارة إلى الظهار لا إلى العود. يقال كفارة الظهار والأصل أن الأحكام تضاف إلى أسبابها لا إلى شروطها، وقال بعضهم: سبب الوجوب هو العود والظهار شرط، لأن الكفارة عبادة والظهار محظور محض فلا يصلح سبباً لوجوب العبادة.

وقال بعضهم: كل واحد منهما شرط وسببُ الوجوب أمرٌ ثالث هو كون الكفارة طريقاً متعيناً لإيفاء الواجب، وكونه قادراً على الإيفاء، لأن إيفاء حقها في الوطء واجبٌ ويجب عليه في الحكم إن كانت بكراً أو ثيباً ولم يطأها مرة، وإن كانت ثيباً وقد وطئها مرة لا يجب فيما بينه وبين الله تعالى اتصال ذلك أيضاً لإيفاء حقها.

وعند بعض أصحابنا: يجب/ في الحكم أيضاً حتى يجبر عليه ولا يمكنه إيفاء الواجب إلا برفع الحرمة [أ/١٢٤/ج] ولا ترتفع الحرمة إلا بالكفارة فتلزمه الكفارة ضرورة إيفاء الواجب على الأصل المعهود أن إيجاب الشيء إيجاب له ولما لا يتوصل إليه إلا به كالأمر بإقامة الصلاة يكون أمراً بالطهارة ونحو ذلك والله أعلم.

وأما شرط وجوبها فالقدرة على أدائها لاستحالة وجوب الفعل بدون القدرة عليه فلا يجب على غير القادر، وكذا العَوْد أو الظِّهار أو كلاهما على حسب اختلاف المشايخ فيه على ما مر.

وأما شرط جوازها فلجواز هذه الكفارة من الأنواع الثلاثة أعني الإعتاق والصيام والإطعام شرائط نذكرها في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى، والله عز وجل أعلم.

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٦).
(٢) سورة المجادلة، الآية: (٩).
(٣) سورة المجادلة، الآية: (٣).

كتاب اللعان

الكلام في اللعان يقع في مواضع: في بيان صورة اللعان وكيفيته، وفي بيان صفة اللعان، وفي بيان سبب وجوبه، وفي بيان شرائط الوجوب والجواز، وفي بيان ما يظهر به سبب الوجوب عند القاضي. وفي بيان معنى اللعان وماهيته شرعاً، وفي بيان حكم اللعان، وفي بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه، وفي بيان حكمه إذا سقط أو لم يجب أصلاً مع وجود القذف.

أما صورة اللعان وكيفيته: فالقذف لا يخلو إما أن يكون بالزنا أو بنفي الولد فإن كان بالزنا فينبغي للقاضي أن يقيمهما بين يديه متماثلين فيأمر الزوج أولاً أن يقول أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم يأمر المرأة أن تقول: أربع مرات أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يحتاج إلى لفظ المواجهة فيقول الزوج: فيما رميتك به من الزنا، وتقول المرأة فيما رميتني به من الزنا وهو قول زفر، ووجهه أن خطاب المعاينة فيه احتمال لأنه يحتملها ويحتمل غيرها، ولا احتمال في خطاب المواجهة فالإتيان بلفظ لا احتمال فيه أولى.

والجواب: أنه لما قال أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، وأشار إليها فقد زال الاحتمال لتعيينها بالإشارة، فكان لفظ المواجهة والمعاينة فيه سواء .

وإن كان اللعان بنفي الولد، فقد ذكر الكَرخي: أن الزوج يقول في كل مرة فيما رَمَيتُكِ به من نفي ولدك، وتقول: المرأة فيما رَمَيتَنِي به من نفي ولدي.

وذكر الطحاوي: أن الزوج يقول في كل مرة فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها، وتقول المرأة فيما رماني به من الزنا في نفي ولده.

وروى هشام عن محمد أنه قال: إذا لاعن الرجل بولد، فقال في اللعان أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها بأن هذا الولد ليس مني وتقول المرأة: أشهد بالله إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا بأن هذا الولد ليس منك.

وذكر ابن سماعة عن محمد في «نوادره» أنه قال: إذا نفى الولد يشهد بالله الذي لا إله إلا هو إنه لصادق فيما رماها به من الزنا ونفي هذا الولد، قال القدوري: وهذا ليس باختلاف رواية وإنما هو اختلاف حال القذف، فإن كان القذف من الزوج بقوله: هذا الولد ليس مني يكتفي في اللعان أن يقول فيما رميتك به من

نفي الولد، لأنه ما قذفها إلا بنفي الولد، وإن كان القذف بالزنا ونفي الولد لا بد من ذكر الأمرين، لأنه قذفها بالأمرين جميعاً، وإنما بدىء بالرجل لقوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يرمُون أزواجَهم ولم يَكُنْ لَهُم شهداءُ إلا أنفسهم فشهادةُ أَحَدِهم**﴾[1] والفاء للتعقيب فيقتضي أن يكون لعانُ الزوج عقيبَ القذف فيقع لعان المرأة بعد لعانه، وكذا روي أنه لما نزلت آية اللعان وأراد رسول الله ﷺ أن يجري اللعان على ذينك الزوجين: «**بدأ بِلعَانِ الرَّجلِ**»[2] وهو قدوة، لأن لعان الزوج وجب حقاً لها، لأن الزوج ألحق بها العار بالقذف فهي بمطالبتها إياه باللعان تدفع العار عن نفسها ودفع العار عن نفسها حقها، وصاحب الحق إذا طالب مَنْ عليه الحق بإيفاء حقه لا يجوز له التأخير كمن عليه الدين، فإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح قبل وجود شهادته، ولهذا في باب الدعاوي يبدأ بشهادة المدعي ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع/ له كذا ههنا. [ب/١٢٤/ج]

فإن لم يعد لعانها حتى فرق بينهما نفذت الفرقة، لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد، لأنه يزعم أن اللعان ليس بشهادة بل هو يمين، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتداعيين أنه لا يلزم مراعاة الترتيب فيه بل يجوز تقديم أحدهما أيهما كان فكان تفريقه في موضع الاجتهاد فنفذ والقيام ليس بشرط كذا روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: لا يضره قائماً (لاعناً) أو قاعداً، لأن اللعان إما أن يعتبر فيه معنى الشهادة، وإما أن يعتبر فيه معنى اليمين أو يعتبر فيه المعنيان جميعاً والقيام ليس بلازم فيهما إلا أنه يندب إليه، لأن رسول الله ﷺ: «**ندب عاصماً وامرأته إليه**» فقال: «**(يا عاصم) قم فاشهد بالله وقال لامرأته: قومي فاشهدي بالله**»[3] ولأن اللعان من جانبه قائم مقام حد القذف، ومن جانبها قائم مقام حد الزنا.

والسنة في الحدود إقامتها على الإشهاد والإعلان والقيام أقرب إلى ذلك والله الموفق.

فصل: وأما صفة اللعان فله صفات: منها أنه واجب عندنا، وقال الشافعي[4]: ليس بواجب إنما الواجب على الزوج بقذفها هو الحد إلا أن له أن يخلّص نفسه عنه بالبينة أو باللعان والواجب على المرأة إذا لاعن الزوج هو حد الزنا، ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان حتى إن للمرأة أن تخاصمه إلى الحاكم وتطالبه باللعان عندنا، وإذا طالبته يجبره عليه، ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كالممتنع من قضاء الدين فيحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه، وعنده ليس لها ولاية المطالبة باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس إذا امتنع بل يقام عليه الحد، وكذا إذا التعن الرجل تجبر المرأة على اللعان، ولو امتنعت تحبس حتى تلاعن أو تقر بالزنا عندنا، وعنده لا تجبر ولا تحبس بل يقام عليها الحد.

---

(١) سورة النور، الآية: (٦).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» باب المتعة التي لم يفرض لها برقم (٥٣٥٠) ومسلم كتاب اللعان برقم (٥/١٤٩٣) في ضمن حديث طويل في «صحيحه».

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (٥/٣٣٧) والنسائي في «السنن» كتاب الطلاق باب بدأ اللعان (٦/١٧٠) ولكن الحديث رواه عاصم بن عدي قال: جاءني عويمر رجل من بني العجلان، فقال: أي عاصم، أرأيتم رجلاً، أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل يا عاصم؟ سل لي رسول الله . . . » فليس الملاعِن عاصماً وإنما هو عويمر.

(٤) المجموع (١٩/١٣٣) تكملة المطيعي.

احتج الشافعي بقوله عز وجل: ﴿والّذين يَرْمُونَ المُحصَناتِ ثمَّ لَمْ يَأْتُوا بأربعةِ شُهَدَاءَ فاجْلِدُوهُم ثمانينَ جَلدة﴾[١] أوجب سبحانه وتعالى الجلد على القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره إلا أن القاذف إذا كان زوجاً له أن يدفع الحدّ عن نفسه بالبينة إن كانت له بينة وإن لم تكن له بينةٌ يدفعه باللعان فكان اللعان مخلصاً له عن الحد.

وقوله تعالى: ﴿ويَدْرَأُ عنها العذابَ أَنْ تَشْهَد أَرْبَعَ شهاداتٍ بالله﴾[٢] جعل سبحانه وتعالى لعانها دفعاً لحد الزنا عنها إذ الدرءُ هو الدفع لغة (فدل) أن الحدّ وجب عليها بلعانه ثم تدفعه بلعانها، ولأن بلعانه يظهر صدقه في القذف، لأن الظاهر أنه لا يلاعن إلا وأن يكون صادقاً في قذفه فيجب عليها الحد إلا أن لها أن تخلّص نفسها عنه باللعان، لأنها إذا لاعنت وقع التعارض فلا يظهر صدق الزوج في القذف فلا يقام عليها الحد.

ولنا قوله تعالى: ﴿والّذِيْنَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم ولَمْ يَكُنْ لهم شهداءُ إلا أنفسُهم فَشَهَادةُ أحدِهم أربعُ شهاداتٍ باللّهِ﴾[٣] أي فليشهد أحدهم أربعَ شهاداتٍ بالله، جعل سبحانه وتعالى موجب قذف الزوجات اللعان فمن أوجب الحد فقد خالف النص، ولأن الحد إنما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع من اللعان لا يظهر كذبه إذ ليس كل مَن امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبه فيه بل يحتمل أنه امتنع منه صوناً لنفسه عن اللعن والغضب. والحد لا يجب مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال، ولأن الاحتمال من اليمين بدل وإباحة، والإباحة لا تجري في الحدود، فإن من أباح للحاكم أن يقيم عليه الحد لا يجوز له أن يقيم.

وأما آية القذف: فقد قيل إن موجبَ القذف في الابتداء كان هو الحد في الأجنبيات والزوجات جميعاً، ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان.

والدليل عليه ما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «كُنّا جُلوساً في المسجدِ ليلة الجمعةِ فجاءَ رجلٌ مِنَ الأنصارِ فقالَ: يا رسولَ اللّهِ أرأيتمُ الرَّجلَ يجدُ مَعَ امرأتِه رجلاً فإن قَتَله قتلتُموه وإن تكلّم به جلدتموه، وإنْ أمسكَ أمسكَ على غيظٍ ثُمَّ جعلَ يقول: اللّهم افتحْ، فنزلت آيةُ اللّعانِ»[٤] دل قوله وإن تكلم به جلدتموه على أن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان، ثم نسخ في الزوجات بآية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره، هكذا هو مذهب عامة مشايخنا.

وعند الشافعي[٥]: يبنى العام على الخاص، ويتبين أن المراد من العام ما وراء قدر الخاص، سواء كان الخاص سابقاً أو لاحقاً، وسواء علم التاريخ وبينهما زمانٌ يصلح للنسخ أو لا يصلح أو جهل التاريخ بينهما فلم تكن الزوجات داخلاتٍ تحت آية القذف على قوله فكيف يصح احتجاجه بها.

---

(١) سورة النور، الآية: (٤).
(٢) سورة النور، الآية: (٨).
(٣) سورة النور، الآية: (٦).
(٤) انظر التخريج السابق.
(٥) انظر «الأم» (٥/ ١٢٤).

وأما قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا العذابَ﴾(١) فلا حجة له فيه، لأن دفع العذاب يقتضي توجه العذاب لا وجوبه، لأنه حينئذٍ/ يكون رفعاً لا دفعاً على أنه يحتمل أن يكون المراد من العذاب هو الحبس إذ الحبس [١٢٥/أ/ج] يسمى عذاباً، قال الله تعالى في قصة الهدهد ﴿لأعذبنّه عذاباً شَدِيْداً﴾(٢) قيل في التفسير لأحبسنه وهذا لأن العذاب ينبىء عن معنى المنع في اللغة يقال: أعذب أي منع، وأعذب أي امتنع يستعمل لازماً ومتعدياً ومعنى المنع يوجد في الحبس، وهذا هو مذهبنا أنها إذا امتنعت من اللعان تحبس حتى تلاعن أو تقرّ بالزنا فيدرأ عنها العذاب وهو الحبس باللعان فإذن قلنا بموجب الآية الكريمة.

ومنها: أنه لا يحتمل العفو والإبراء والصلح، لأنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانبها قائم مقام حد الزنا، وكل واحد منهما لا يحتمل العفو والإبراء والصلح لما نذكر إن شاء الله تعالى في الحدود.

وكذا لو عفت عنه قبل المرافعة أو صالحته على مال لم يصح وعليها رد بدل الصلح ولها أن تطالبه باللعان بعد ذلك كما في قذف الأجنبي.

ومنها: أن لا تجري فيه النيابة حتى لو وكلّ أحد الزوجين باللعان لا يصح التوكيل لما ذكرنا أنه بمنزلة الحدّ فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود، ولأنه شهادة أو يمين، وكل واحد منهما لا يحتمل النيابة.

فأما التوكيل بإثبات القذف بالبينة فجائز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ونذكر المسألة في كتاب الوكالة إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما بيان سبب وجوب اللعان فسبب وجوبه القذف بالزنا وأنه نوعان:

أحدهما: بغير نفي الولد.

والثاني: بنفي الولد، أما الذي بغير نفي الولد فهو أن يقول لامرأته يا زانية أو زَنَيْتِ أو رأيتك تزنين، ولو قال لها جومعت جماعاً حراماً أو وطئت وطأ حرام فلا لعان ولا حدّ لعدم القذف بالزنا، ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان ولا حدّ في قول أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجب اللعان، بناءً على أن هذا الفعل ليس بزنا (عنده). فلم يوجد القذف بالزنا، وعندهما: هو زنا، والمسألة تأتي في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى.

ولو كان له أربع نسوة فقذفهن جميعاً بالزنا في كلام واحدٍ أو قذف كل واحدة بالزنا بكلام على حدة، فإن كان الزوج وهنّ من أهل اللعان يلاعن في كل قذف مع كل واحدة على حدة لوجود سبب وجوب اللعان في حق كل واحدة منهن وهو القذف بالزنا، وإن لم يكن الزوج من أهل اللعان يحد حد القذف ويُكْتَفَىٰ بحد واحد عن الكل، لأن حد القذف يتداخل.

ولو كان الزوج من أهل اللعان والبعض منهن ليس من أهل اللعان يلاعن منهن من كانت من أهل اللعان لا غير.

(١) سورة النور، الآية: (٨).
(٢) سورة النمل، الآية: (٢١).

ولو قال لامرأته: يا زانية بنت الزانية وجب عليه اللعان والحد، لأنه قذف زوجته وقذف أمها وقذف الزوجة يوجب اللعان وقذف الأجنبية يوجب الحد ثم إنهما إذا اجتمعا على مطالبة الحد بدىء بالحد لأجل الأم، لأن في البداية إسقاط اللعان، لأنه يصير محدوداً في القذف فلم يبق من أهل الشهادة واللعان شهادة، والأصل أن الحدين إذا اجتمعا، وفي البداية بأحدهما إسقاط الآخر بدىء بما فيه إسقاط الآخر، لقوله ﷺ: «ادْرَؤُا الحُدودَ مَا اسْتَطعْتُم»[1] وقد استطعنا درء الحد بهذا الطريق، وإن لم تطالبه الأم وطالبته المرأة يلاعن بينهما ويقام حد القذف للأم بعد ذلك إن طالبته به كذا ذكر في ظاهر الرواية.

وذكر الطحاوي: أنه لا يقام الحدّ للأم بعد اللعان وهذا غير سديد، لأن المانع من إقامة اللعان في المسألة الأولى هو خروج الزوج من أهلية اللعان لصيرورته محدوداً في القذف ولم يوجد ههنا.

وكذلك لو كانت أمها ميتة فقال لها: يا زانية بنت الزانية كان لها المطالبة والخصومة في القذفين لوجوب اللعان والحد ثم إن خاصمته في القذفين جميعاً يبدأ بالحد فيحد للأم حدّ القذف لما فيه من إسقاط اللعان، وإن لم تخاصم في قذف أمها ولكنها خاصمت في قذف نفسها يلاعن بينهما ويحد للأم لما ذكرنا، وكذلك الرجل إذا قذف أجنبية بالزنا ثم تزوجها وقذفها بالزنا بعد التزوج وجب عليه الحد واللعان لوجود سبب وجوب كل واحد منهما، ثم إن خاصمته في القذفين جميعاً يبدأ بحد القذف حتى يسقط اللعان، ولو لم تخاصم في حد القذف وخاصمت في اللعان يلاعن بينهما ثم إذا خاصمت في الحد يحد لما قلنا والله أعلم.

وأما الذي ينفي الولد فهو أن يقول لامرأته هذا الولد من الزنا أو يقول هذا الولد ليس مني، فإن قيل قوله هذا الولد ليس مني لا يكون قذفاً لها بالزنا لجواز أن لا يكون ابنه بل يكون ابنَ غيره ولا تكون هي زانية [ب/١٢٥/ج] بأن كانت/ وطئت بشبهة فالجواب نعم هذا الاحتمال ثابت لكنه ساقط الاعتبار بالإجماع، لأن الأمة أجمعت على أنه إن نفاه عن الأب المشهور بأن قال له لست بأبيك يكون قاذفاً لأمه حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال.

ولو جاءت زوجته بولد فقال لها لم تلديه لم يجب اللعان لعدم القذف، لأنه أنكر الولادة وإنكار الولادة لا يكون قذفاً، فإن أقر بالولادة أو شهدت القابلة على الولادة، ثم قال بعد ذلك ليس بابني وجب اللعان لوجود القذف، ولو قال لامرأته وهي حامل ليس هذا الحمل مني لم يجب اللعان في قول أبي حنيفة لعدم القذف بنفي الولد.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت القذف وجب اللعان، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يجب.

وجه قولهما: أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت القذف فقد تيقنا بوجوده في البطن وقت القذف، ولهذا لو أوصى لحمل امرأته فجاءت به لأقل من ستة أشهر استحق الوصية، وإذا تيقنا بوجوده وقت

---

(١) أخرجه الترمذي في باب درء الحدود (١٤٢٤) والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٣٨٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٣٨) كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات.

النفي كان محتملاً للنفي إذ الحمل تتعلق به الأحكام، فإن الجارية ترد على بائعها، ويجب للمعتدة النفقة لأجل حملها، فإذا نفاه يلاعن، فإذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم تتيقن بوجوده عند القذف لاحتمال أنه حادث، ولهذا لا تستحق الوصية.

ولأبي حنيفة: أن القذف بالحمل لو صحّ إما أن يصح باعتبار الحال أو باعتبار الثاني، لا وجه للأول لأنه لا يعلم وجوده للحال لجواز أنه ريح لا حمل ولا سبيل إلى الثاني، لأنه يصير في معنى التعليق بالشرط كأنه قال إن كنت حاملاً فأنت زانية والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط، بخلاف الرد بعيب الحبل، لأنه يمكن القول بالرد على اعتبار الحال لوجود العيب ظاهراً واحتمال الريح خلاف الظاهر فلا يورث إلا شبهةً والردّ بالعيب لا يمتنع بالشبهات بخلاف القذف، والنفقة لا يختص وجوبها بالحمل عندنا فإنها تجب لغير الحامل ولا يقطع نسب الحمل قبل الولادة بلا خلاف بين أصحابنا.

أما عند أبي حنيفة فظاهر لأنه لا يلاعن وقطع النسب من أحكام اللعان. وأما عندهما فلأن الأحكام إنما تثبت للولد لا للحمل، وإنما يستحق اسم الولد بالانفصال، ولهذا لا يستحق الميراث والوصية إلا بعد الانفصال، وعند الشافعي[١] يلاعن ويقطع نسب الحمل.

واحتج بما روي «**أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ لاعنَ بينَ هلالِ بن أميةَ وبين امرأتِهِ وهي حاملٌ وألحق الولد بها**»[٢]، فدل أن القذف بالحمل يوجب اللعان وقطع نسب الحمل ولا حجة له فيه، لأن هلالاً لم يقذفها بالحمل بل بصريح الزنا وذكر الحمل، وبه نقول إن من قال لزوجته زنيت وأنت حامل يلاعن، لأنه لم يعلق القذف بالشرط.

وأما قطع النسب فلأن رسول الله ﷺ علم عن طريق الوحي أن هناك ولداً، ألا ترى أنه قال ﷺ: «**إنْ جاءتْ بِهِ على صفةِ كَذا فهو لكذا، وإنْ جاءتْ بِهِ على صفةِ كَذَا فهو لِكَذَا**»[٣] ولا يعلم ذلك إلا بالوحي ولا طريق لنا إلى معرفة ذلك فلا ينفي الولد والله الموفق.

فصل: وأما شرائط وجوب اللعان وجوازه فأنواع بعضها يرجع إلى القاذف خاصة وبعضها يرجع إلى المقذوف خاصة، وبعضها يرجع إليهما جميعاً، وبعضها يرجع إلى المقذوف به، وبعضها يرجع إلى المقذوف فيه، وبعضها يرجع إلى نفس القذف.أما الذي يرجع إلى القاذف خاصة فواحدٌ وهو عدم إقامة البيِّنة، لأن الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان بقوله عز وجل: ﴿**والَّذينَ يرمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لهُمْ شهداءُ إلا أنفسُهم فشَهادةُ أحدهم أربعُ شهاداتٍ باللهِ**﴾[٤] الآية حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يثبت اللعان ويقام عليها حد الزنا، لأنه قد ظهر زناها بشهادة الشهود، ولو شهد أربعة أحدهم الزوج فإن لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد عندنا، وعند الشافعي[٥] لا تقبل شهادة الزوج عليها.

---

(١) انظر «الأم» (٥/ ١٣٠).
(٢) هو بعض الحديث الآتي المتفق عليه.
(٣) أخرجه البخاري كتاب الطلاق باب المتعة التي لم يفرض لها (٥٣٥٠) مسلم كتاب اللعان (٥/ ١٤٩٣).
(٤) سورة النور، الآية: (٦).
(٥) انظر «المجموع» مع التكملة للمطيعي (٢٣/ ١٣٤).

وجه قول الشافعي: أن الزوج متهم في شهادته لاحتمال أنه حمله الغيظ على ذلك ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله ﷺ، ولأنه يدفع المغرم عن نفسه وهو اللعان ولا شهادةَ لدافع المغرم على لسان رسول الله ﷺ.

ولنا: أن شهادته بالقبول أولى من شهادة الأجنبي لأنها أبعد من التهمة إذ العادة أن الرجل يستر على امرأته ما يلحقه به شين فلم يكن متهماً في شهادته فتقبل كشهادة الوالد على ولده.

وقوله: إنه يدفع المغرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع فإنه لم يسبق منه قذف يوجب اللعان فإنه لم يسبق هذه الشهادة قذف ليدفع اللعان بها فصار كشهادة الأجنبي فإنها تقبل ولا تجعل/ دافعاً للحد عن نفسه [١٢٦/أ/ج] كذا هذا، وإن كان الزوج قذفها أولاً ثم جاء بثلاثة سواه فشهدُوا فهم قذفة يحدّون، وعلى الزوج اللعان لأنه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته جعل دافعاً للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته، والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة فصاروا قذفةً فيحدّون حد القذف ويلاعن الزوج لقذف زوجته، فإن جاء هو وثلاثة شهدوا أنها قد زنت فلم يعدلوا فلا حدّ عليها، لأن زناها لم يثبت إلا بشهادة الفساق ولا حدّ عليهم، لأن الفاسق من أهل الشهادة.

ألا ترى أن الله تعالى أمر بالتوقيف في بيانه فقد وجد إتيان أربعة شهداء فكيف يجب عليهم الحدّ ولا لعان على الزوج، لأنه شاهد وليس بقاذف، فإن شهدوا معه ثلاثة عمي حد وحدوا أي يلاعن الزوج ويحدون حد القذف، لأن العميان لا شهادة لهم قطعاً فلم يكن قولهم حجة أصلاً فكانوا قذفة فيحدون حدّ القذف ويلاعن الزوج، لأن قذف الزوج يوجب اللعان إذا لم يأت بأربعة شهداء ولم يأت بهم.

وأما الذي يرجع إلى المقذوف خاصة فشيئان:

أحدهما: إنكارها وجودَ الزنا منها حتى لو أقرّت بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حدّ الزنا وهو الجلد إن كانت غير محصنة والرجم إن كانت محصنة لظهور زناها بإقرارها.

والثاني: عفتها عن الزنا، فإن لم تكن عفيفة لا يجب اللعان بقذفها كما لا يجب الحد في قذف الأجنبية إذا لم تكن عفيفة، لأنه إذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها ولما نذكر في كتاب الحدود، ونذكر تفسير العفة عن الزنا فيه إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا قالوا في المرأة إذا وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها: إن لا يجب عليه اللعان، ولو قذفها أجنبي لا يجب عليه الحد، لأنها وطئت وطأً حراماً فذهبت عفتها، ثم رجع أبو يوسف وقال يجب بقذفها الحد واللعان، لأن هذا وطء يتعلق به ثبوت النسب ووجوب المهر فكان كالموجود في النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا، والجواب أن الوطء حرام لعدم النكاح إنما الموجود شبهة النكاح فكان ينبغي أن يجب الحدّ عليها إلا أنه سقط للشبهة فلأن يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان الحقيقة أولى.

وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فهو أن يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف، أما اعتبار الزوجية فلأن الله تبارك وتعالى خص اللعان بالأزواج بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ

أَزْواجَهُم﴾[١] وأنه حكم ثبت تعبداً غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد وإنما ورد التعبد به في الأزواج فيقتصر عليهم.

وعلى هذا قال أصحابنا: إن من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، وقال الشافعي: يلاعنها إذا كان القذف بنفي الولد، لأن القذف إذا كان بنفي الولد تقع الحاجة إلى قطع النسب، والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان لقطع النسب.

والجواب: أن قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان إلا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية، ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً أو ثلاثاً ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالإبانة والثلاث، ولو طلقها طلاقاً رجعياً ثم قذفها يجب اللعان، لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية؛ ولو قذف امرأته بزنا كان قبل الزوجية فعليه اللعان عندنا؛ وعند الشافعي[٢] عليه حد القذف، واحتج بآية القذف وهي قوله تعالى: ﴿والّذينَ يَرْمُونَ المحصَنَاتِ ثمَّ لَمْ يَأْتُوا بأَربعةِ شهداءَ فاجْلِدُوهُم ثمانينَ جلدةً﴾[٣].

ولنا آيةُ اللعان وهي قوله تعالى: ﴿والّذِيْنَ يَرْمُوْنَ أزواجَهُم ولم يَكُنْ لَهُمْ شهداءُ إلّا أنفسُهم فشَهَادَةُ أَحَدِهِم أربعُ شهاداتٍ بالله﴾[٤] من غير فَصْلٍ بين ما إذا كان القذفُ بزنا بعد الزوجية أو قبلها.

والدليل على أنه قذف زوجته أنه أضاف القذف إليها وهي للحال زوجته إلّا أنه قذفها بزنا متقدّم، وبهذا لا تخرج من أن تكون زوجته في الحال كما إذا قذف أجنبية بزنا متقدم حتى يلزمه القذف كذا ههنا.

وأما آية القذف فهي متقدمة على آية اللعان فيجب تخريجها على التناسخ فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره عند عامة مشايخنا، وعنده يقضي العام على الخاص بطريق التخصيص على ما مر، ولو قذف امرأته بعد موتها لم يلاعن عندنا، وعند الشافعي[٥] يلاعن على قبرها.

واحتج بظاهر قوله عز وجل في آية اللعان: ﴿فشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾[٦] / من غير فصل بين حال الحياة [ب/١٢٦/ج] والموت.

ولنا قوله عز وجل: ﴿والّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجهم﴾[٧] الآية خصّ سبحانه وتعالى اللعان بالأزواج وقد زالت الزوجية بالموت فلم يوجد قذف الزوجة فلا يجب اللعان، وبه تبين أن الميتة لم تدخل تحت الآية، لأن الله تعالى أوجب هذه الشهادة بقذف الأزواج لقوله: ﴿والّذِينَ يَرْمُونَ أَزْواجَهَم﴾[٨] وبعد الموت لم تبق

---

(١) سورة النور، الآية: (٦).
(٢) انظر «الأم» (٥/ ٢٩٥).
(٣) سورة النور، الآية: (٤).
(٤) سورة النور، الآية: (٦).
(٥) انظر «الأم» (٥/ ٢٩٣) «وإذا قذفها ثم ماتت أو قذفها بعد الموت وانتفى من ولدها فلم يلتعن فلورثتها أن يحدوه».
(٦) سورة النور، الآية: (٤).
(٧) سورة النور، الآية: (٤).
(٨) سورة النور، الآية: (٦).

زوجةً له. وأما اعتبار الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد في القذف فالكلام في اعتبار هذه الأوصاف شرطاً لوجوب اللعان فرع الكلام في معنى اللعان وما يثبته شرعاً، وقد اختلف فيه، قال أصحابنا إن اللعان شهادة مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن وبالغضب وأنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفي جانبها قائم مقام حدّ الزنا.

وقال الشافعي[1]: اللعان أيمان بلفظ الشهادة مقرونة باللعن والغضب فكل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان ومن لا فلا عندنا، وكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان عنده سواء كان من أهل الشهادة أو لم يكن ومن لم يكن من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان، احتج الشافعي بقوله تعالى في تفسير اللعان: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِم أَرْبَعُ شهاداتٍ باللهِ﴾[2] فسّر الله تعالى اللعان بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين.

ألا ترى أن مَنْ قال أشهد بالله يكون يميناً إلا أنه يمين بلفظ الشهادة، ولأن اللعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى، لأن الشهادة لا تفتقر إلى ذلك وإنما اليمين هي التي تفتقر إليه، ولأنه لو كان شهادةً لكانت شهادة على النصف من شهادة الرجل كما في سائر المواضع التي للمرأة فيها شهادة فينبغي أن تشهد المرأة عشرة مرات فلما لم يكن ذلك دل أنه ليس بشهادة.

والدليل على أنه يمين ما روي: «أن رسول الله ﷺ لمّا فَرّقَ بَيْنَ المتلاعِنَيْنِ وكانَت المرأةُ حبلى فقال لها: إذا ولدت ولداً فلا تُرضعيهِ حَتّى تأتيني به»[3] فلما انصرفوا عنه قال رسول الله ﷺ: «إن ولدته أحمرَ مثل الدبس فهو يشبه أباه الذي نفاه، وإن ولدته أسودَ أدعجَ جَعْداً قَطَطاً فهو يشبه الذي رميتُ فلما وضعت وأتت به رسول الله ﷺ نظر إليه فإذا هو أسود أدعج جعد قطط على ما نعته رسول الله ﷺ فقال ﷺ: لولا الأيمانُ التي سبقتْ لكانَ لِي فِيها رأي»[4].

وفي بعض الروايات «لكانَ لي وَلَها شأنٌ» فقد سمى ﷺ اللعان أيماناً لا شهادةً فدل أنه يمين لا شهادة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿والّذينَ يرمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ولَمْ يكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إلاّ أَنْفُسُهُم فشَهَادةُ أَحَدِهِمْ أربَعُ شهاداتٍ باللّهِ﴾[5] والاستدلال بالآية الكريمة من وجهين: أحدهما: أنه تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء، لأنه استثناهم من الشهداء بقوله تعالى: ﴿ولَمْ يكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إلاّ أنفُسُهم﴾[6] والمستثنى من جنس المستثنى منه والثاني: أنه سمّى اللعان شهادة نصاً بقوله عز وجل: ﴿فشهادةُ أَحَدِهم أَرْبَعُ شهاداتٍ باللهِ﴾[7] والخامسة أي الشهادة الخامسة، وقال تعالى في جانبها: ﴿ويَدْرأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تشهَدَ أربَعَ شهاداتٍ

(١) انظر «الأم» (٥/ ١٣٤).

(٢) سورة النور، الآية: (٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم ولكن بلفظ: «لولا ما مضى من كتاب الله».

(٥) سورة النور، الآية: (٦).

(٦) سورة النور، الآية: (٦).

(٧) سورة النور، الآية: (٦).

بالله﴾[1] والخامسة أي الشهادة الخامسة إلا أنه تعالى سماه شهادة بالله تأكيداً للشهادة باليمين، فقوله: أشهد يكون شهادة، وقوله: بالله يكون يميناً، وهذا مذهبنا أنه شهاداتٌ مؤكدةٌ بالإيمان، وهو أَولى مما قاله المخالف، لأنه عمل باللفظين في معنيين، وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحد فكان ما قلناه أَولى.

والدليل على أنه شهادة أنه شرط فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم.

وأما قوله: لو كان شهادة لكان في حق المرأة على النصف من شهادة الرجل فنقول هو شهادة مؤكدة باليمين فيراعىٰ فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين، وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشتراط لفظة الشهادة فيراعىٰ معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة في العدد عملاً بالشبهين جميعاً ولا حجةَ له في الحديث لأنه روي في بعض الروايات «**لولا ما مضى من الشهادات**»[2]، وهذا حجة عليه حيث سماه شهادة ثم نقول بموجبه إنه يمين لكن هذا لا ينفي أن يكون شهادةً فهو شهادة مؤكدة باليمين والله تعالى الموفق.

إذا عرف هذا الأصل تخرج عليه المسائل؛ أما اعتبار العقل والبلوغ فلأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين فلا يكونان من أهل اللعان بالإجماع وأما الحرية فالمملوك ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل اللعان بالإجماع.

وأما الإسلام فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم، وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر، وإذا كانا كافرين فالكافر/ وإن كان من أهل الشهادة على الكافر فليس من أهل اليمين بالله تعالى، لأنه [أ/١٢٧/ج] ليس من أهل حكمها وهو الكفارة، ولهذا لم يصح ظهار الذمي عندنا، واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالأيمان، فمن لا يكون من أهل اليمين لا يكون من أهل اللعان.

وأما اعتبار النطق فلأن الأخرس لا شهادة له لأنه لا يتأتى منه لفظة الشهادة ولأن القذف منه لا يكون إلا بالإشارة والقذف بالإشارة يكون في معنى القذف بالكتابة، وإنه لا يوجب اللعان، كما لا يوجب الحد، لما نذكره في الحدود إن شاء الله تعالى.

وأما المحدود في القذف فلا شهادة له، لأن الله تعالى ردَّ شهادته على التأبيد ولا يلزم على هذا الأصل قذف الفاسق والأعمى فإنه يوجب اللعان ولا شهادة لهما، لأن الفاسق له شهادة في الجملة ولهما جميعاً أهلية الشهادة.

ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه، ومعلوم أنه لا يجوز القضاء بشهادة من ليس من أهل الشهادة كالصبي والمجنون والمملوك. إلا أنه لا تقبل شهادةُ الأعمى في سائر المواضع، لأنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه لا لأنه ليس من أهل الشهادة. ثم هذه الشرائط كما هي شرط وجوب اللعان فهي شرط صحة اللعان وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها، وعند الشافعي[3] يجري اللعان بين المملوكين والأخرسين والمحدودين في القذف، لأن هؤلاء من أهل اليمين فكانوا من أهل اللعان وكذا بين الكافرين لأن

---

(١) سورة النور، الآية: (٨).
(٢) انظر الكلام عليه في الحديث السابق.
(٣) انظر «الأم» (٥/ ١٣٣).

يمين الكافر صحيحة عنده لأنه من أهل الإعتاق والكسوة والإطعام، ولهذا قال: يجوز ظهار الذمي، وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما إذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما، لأن اللعان لما كان شهادةً فالشهود إذا شهدوا عند الحاكم فمات أو عزل قبل القضاء بشهادتهم لم يعتد الحاكم بتلك الشهادة. وعند محمد لا يستقبل اللعان.

وقوله: لا يخرج على هذا الأصل ولكن الوجه له أن اللعان قائم مقام الحد فإذا التعنا فكأنه أقيم الحد، والحد بعد إقامته لا يؤثر فيه العزل والموت. والجواب أن حكم القذف لا يتناهى إلا بالتفريق فيؤثر العزل والموت قبله، ثم ابتداء الدليل لنا في المسألة ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أربعةٌ لا لعانَ بينَهم وبينَ أَزْوَاجِهِمْ، لا لعانَ بينَ المُسلمِ والكافرةِ والعبدِ والحرَّةِ والحرّ والأَمَةِ والكافرِ والمُسْلِمَةِ**»(١).

وصورته الكافر أسلمت زوجته فقبل أن يعرض الإسلام على زوجها قذفها بالزنا.

ولنا: أصل آخر لتخريج المسائل عليه، وهو أن كلّ قذفٍ لا يوجب الحد لو كان القاذف أجنبياً لا يوجب اللعان إذا كان القاذف زوجاً، لأن اللعان موجب القذف في حق الزوج، كما أن الحد موجب القذف في الأجنبي، وقذف واحد ممن ذكرنا لا يوجب الحد لو كان أجنبياً، فإذا كان زوجاً لا يوجب اللعان وابتداء ما يحتج به الشافعي عموم آية اللعان إلا من خص بدليل، ولا حجة له فيها لأن الله تعالى سمى الذين يرمون أزواجَهم شهداء في آية اللعان، واستثناهم من الشهداء المذكورين في آية القذف، ولم يدخل واحد ممن ذكرنا في المستثنى منهم فكذا في المستثنى، لأن الاستثناء استخراج من تلك الجملة وتحصيل منها. وأما الذي يرجع إلى المقذوف به والمقذوف فيه ونفس القذف فنذكره في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي فسبب ظهور القذف نوعان:

أحدهما: البينة؛ إذا خاصمت المرأة فأنكر القذف، والأفضل للمرأة أن تترك الخصومة والمطالبة لما فيها من إشاعة الفاحشة، وكذا تركها من باب الفضل والإكرام وقد قال الله تعالى: ﴿ولا تَنْسوا الفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾(٢) فإن لم تترك وخاصمته إلى القاضي يستحسن للقاضي أن يدعوهما إلى الترك، فيقول لها: اتركي وأعرضي عن هذا لأنه دعاء إلى ستر الفاحشة وأنه مندوب إليه، فإن تركت وانصرفت ثم بدا لها أن تخاصمه فلها ذلك وإن تقادم العهد لأن ذلك حقها وحق العبد لا يسقط بالتقادم.

فإن خاصمته وادعت عليه أنه قذفها بالزنا فجحد الزوج لا يقبل منها في إثبات القذف إلا بشهادة رجلين عدلين، ولا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي، كما لا يقبل في إثبات القذف على الأجنبي لأن اللعان قائم مقام حد القذف وأسباب الحدود، / ولا يقبل في إثباتها شهادة النساء على النساء ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي لتمكن زيادة شبهة ليست في غيرها والحدود تدرأ بالشبهات. [ب/١٢٧/ج]

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «السنن» في اللعان رقم (٢٠٧١) وهو بالمعنى وفيه عثمان بن عطاء متفق على تضعيفه. والبيهقي في «السنن» (٣٩٦/٧)، والدارقطني (٢٣٩/٣) في «السنن».

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٧).

والثاني: الإقرار بالقذف وشرط ظهور القذف بالبينة والإقرار هو الخصومة والدعوى لما نذكر في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه إذا سقط أو لم يجب أصلاً فنقول وبالله التوفيق: كل ما يمنع وجوب اللعان إذا اعترض بعد وجوبه يسقط كما إذا جُنّ بعد القذف أو جنّ أحدهما أو ارتدا، أو ارتد أحدهما أو خرسا أو خرس أحدهما، أو قذف أحدهما إنساناً فحد حد القذف أو وطئت المرأة وطئاً حراماً فلا يجب عليه الحد، وكذا إذا أبانها بعد القذف فلا حدّ ولا لعان.

أما عدم وجوب الحدّ فلأن القذف أوجب اللعان فلا يوجب الحد، وأما عدم وجوب اللعان فلزوال الزوجية، وقيام الزوجية شرط جريان اللعان، لأن الله سبحانه وتعالى خصّ اللعان بالأزواج ولو طلقها طلاقاً رجعياً لا يسقط اللعان لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية.

ولو قال لها: يا زانية أنت طالق ثلاثاً فلا حدّ ولا لعان، لأن قوله: يا زانية أوجب اللعان لا الحد، لأنه قذف الزوجة، ولما قال: أنت طالق ثلاثاً فقد أبطل الزوجية واللعان لا يجري في غير الأزواج.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان، لأنه قذفها بعد الإبانة وهي أجنبية بعد الإبانة، وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان. ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الإتيان به، إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين، وهو يقول: إنه كاذب، ويجب الحدّ لما نذكر في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى.

ولو أكذبت المرأة نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما نذكر إن شاء الله تعالى ولو لم ينعقد القذف موجباً للعان أصلاً لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد فمشايخنا أصلوا في ذلك أصلاً فقالوا إن كان عدمُ وجوب اللعان أو سقوطه بعدَ الوجوب لمعنى من جانبها فلا حدّ ولا لعانَ، وإن كان القذفُ صحيحاً، وإن كان لمعنى من جانبه فإن لم يكن القذف صحيحاً فكذلك، وإن كان صحيحاً يحدّ.

وعلى هذا الأصل خرجوا جنس هذه المسائل فقالوا إذا أكذب نفسه يحد لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبه وهو إكذابه نفسه والقذف صحيح؛ لأنه قذف عاقل بالغ فيجب الحد، ولو أكذبت نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف فلا حدّ ولا لعانَ، وإن كانت على صفة الالتعان، لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو إكذابها نفسها، ولو كانت المرأة على صفة الالتعان والزوج عبد أو كافر أو محدود في قذف فعليه الحد، لأن قذفها قذف صحيح وإنما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان، ولو كان الزوج صبياً أو مجنوناً فلا حد ولا لعان وإن كانت المرأة على صفة الالتعان، لأن قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح، ولو كان الزوج حراً عاقلاً بالغاً مسلماً غير محدود في قذفٍ، والزوجة لا بصفة الالتعان بأن كانت كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان، لأن قذفها ليس بقذف صحيح.

ألا ترى أن أجنبياً لو قذفها لا يحدّ، ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة بالغة عفيفة إلّا أنها محدودة في القذف فلا حدّ ولا لعان، لأن القذف وإن كان صحيحاً لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو أنها ليست من أهل الشهادة فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته، وإن كان كل واحد من الزوجين محدوداً في قذف فقذفها فعليه الحد، لأن القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى في الزوج ولا يقال: إنه سقط لمعنى في المرأة بدليل أن الزوج لو لم يكن محدوداً والمرأة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها، وإن كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي أن لا يجب اللعان ولا الحد، لأنا نقول القذف الصحيح إنما نعتبر فيه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان، فأما إذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وإنما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد، والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم اللعان فالكلام في هذا الفصل في موضعين:

أحدهما: في بيان حكم اللعان.

والثاني: في بيان ما يبطل حكمه.

أما بيان حكم اللعان فللعان حكمان، أحدهما أصلي، والآخر ليس بأصلي، أما الحكم الأصلي للعان فنذكر أصل الحكم ووصفه.

[أ/١٢٨/ج] **أما الأول**: فنقول: /اختلف العلماء فيه، قال أصحابنا الثلاثة هو وجوب التفريق ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه، ويجري التوارث بينهما قبل التفريق.

وقال زفر والشافعي[١]: هو وقوع الفرقة بنفس اللعان، إلا أن عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا.

وعند الشافعي: تقع الفرقة بلعان الزوج قبل أن تلتعن المرأة. وجه قول الشافعي: أن الفرقة أمر يختص بالزوج، ألا ترى أنه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق.

واحتج زفر بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**المُتَلَاعِنَانِ لا يجتمعانِ أَبَدَاً**»[٢] وفي بقاء النكاح اجتماعهما، وهو خلاف النص.

ولنا: ما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: «**أَنَّ رجلاً لاعنَ امرأته فِي زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها، ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة**»[٣].

---

(١) انظر «الأم» (٥/٢٩١).

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» رقم (٢٢٥٠) من حديث سهل بن سعد في اللعان ولكنه من كلام سهل قال: «حضرت هذا عن رسول الله ﷺ فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً».
وروي عن ابن شهاب عن مالك في «الموطأ» كتاب الطلاق (٣٥٠) باب ما جاء في اللعان وأحمد (٥/٣٣٤) في «المسند» والبخاري في «صحيحه» كتاب الطلاق باب من أجاز طلاق بثلاث (٥٣٠٨) ومسلم في «صحيحه» (١٤٩٠) كتاب اللعان.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/٧، ٣٨) والبخاري في «صحيحه» (٥٣١٥) في الطلاق باب يلحق الولد بالملاعنة، ومسلم في «صحيحه» (١٤٩٤) في اللعان.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «أنَّ النبي ﷺ لما لاعنَ بينَ عاصِم بنِ عديٍ وبينَ امرأتهِ فرَّقَ بينهما»[١].

ورُوي: «أنَّ رسولَ الله ﷺ لاعَنَ بين العَجلاني وبينَ امرأتِهِ فلما فرغا مِنَ اللّعان فَرَّقَ بَينهما»، ثم قال عليه الصلاة والسلام: «الله يعلم أن أحدكما لكاذب فهل منكما تائب»[٢] قال ذلك ثلاثاً فأبيا ففرق بينهما.

فدلت الأحاديث على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها، إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله ﷺ بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان، ولأن ذلك النكاح كان ثابتاً قبل اللعان، والأصل أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته أو بخروجه من أن يكون منتفعاً به في حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الإزالة من الزوج لأن اللعان لا ينبىء عن زوال الملك لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين، وكل واحد منهما لا ينبىء عن زوال الملك، ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والأيمان والقدرة على الامتناع ثابتة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان، وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي. ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان، لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله عز وجل: ﴿والَّذينَ يَرْمُونَ أزواجَهُم﴾[٣] إلى آخر ما ذكر، فلو ثبت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة، وهذا خلاف النص.

وأما زفر فلا حجة له في الحديث لأن المتلاعن متفاعل من اللعن، وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلاً حقيقة فلا يبقى ملاعناً حقيقة فلا يصحّ التمسك به لإثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبه وإنما الثابت عقيبه وجوب التفريق، فإن فرق الزوج بنفسه وإلا ينوب القاضي منابه في التفريق، فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة، فإن أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان ينظر إنْ كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ التفريق، وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ وإنما كان كذلك لأن تفريق القاضي إذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما في سائر المجتهدات. والدليل على أن تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة:

أحدها: أنه عرف أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام فاقتضى اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان.

والثاني: أنه اجتهد أن التكرار في اللعان للتأكيد والتغليظ، وهذا المعنى يوجد في الأكثر.

والثالث: أنه زعم أنه لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو الميتة فلأن يسوغ له الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر اللعان أولى، فثبت أن قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ. فإن قيل شرط جواز الاجتهاد أن لا يخالف النص وهذا قد خالف النص من الكتاب

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٦) في التفسير، باب الخامسة أن لعنت الله عليه والبيهقي في «سننه» (٧/٤٠١) ولكن الراوي عاصم والملاعن عويمر كما سبق. أخرجه أحمد (٢/١٩، ٢٤) ومسلم في «صحيحه» (١٤٩٣) في اللعان.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سورة النور، الآية: (٦).

والسنة، لأن كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص، وكذا النبي ﷺ لاعن بين الزوجين على ذلك العدد، وإذا كان العدد منصوصاً عليه فالاجتهاد إذا خالف النص باطل، فالجواب ممنوع أن اجتهاد القاضي خالف النص، فإن التنصيص على عدد لا ينفي جواز الأكثر وإقامته مقام الكل، ولا يقتضي الجواز أيضاً فلم يكن الحكم منصوصاً عليه، بل كان مسكوتاً عنه فكان محل الاجتهاد وفائدته التنصيص على العدد المذكور والتنبيه على الأصل والأولى وهذا لا ينفي الجواز.

[ب/١٢٨/ج] **وأما الثاني**: فقد اختلف العلماء فيه أيضاً، / قال أبو حنيفة ومحمد: الفرقة في اللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتهاد والتزوج ما داما على حالة اللعان، فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد، أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان.

وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد: هي فرقة بغير طلاق وإنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة، واحتجوا بقول النبي ﷺ: «**المُتَلاعِنَانِ لا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً**»(١) وهو نص في الباب.

وكذا روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل عمر وعلي وعبدِ الله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنه أنهم قالوا: «**المتلاعِنَانِ لا يجتمعانِ أَبَداً**» ولأبـي حنيفة ومحمد ما روي أن رسول الله ﷺ: «**لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته، فقال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إنْ أمسكتُها فهي طَالِقٌ ثَلاثاً**»(٢) وفي بعض الروايات: «**كذبتُ عليها إنْ لم أُفارِقْها فَهي طالقٌ ثَلاَثاً**»(٣)، فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين، لأن عويمر طلق زوجته ثلاثاً بعد اللعان عند رسول الله ﷺ فأنفذها عليه رسول الله ﷺ فيجب على كل ملاعن أن يطلق، فإذا امتنع ينوب القاضي منابه في التفريق فيكون طلاقاً كما في العنين، ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج لأنه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة إلى القذف السابق، وكل فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقاً، كما في العنين والخلع والإيلاء ونحو ذلك، وهو قول السلف إن كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق، من نحو إبراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم رضي الله عنهم، وأما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا أن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل وكما فرغا من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقة فانصرف المراد إلى الحكم، وهو أن يكون حكم اللعان فيهما ثابتاً.

فإذا أكذب الزوج نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعناً حقيقة وحكماً فجاز اجتماعهما.

ونظير قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف: ﴿**إِنَّهُمْ إِنْ يظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُم أو يُعيْدُوكم في مِلّتهم ولَنْ تُفْلِحُوا إذاً أبداً**﴾(٤) أي ما داموا في ملتهم، ألا ترى أنهم إذا لم يفعلوا يفلحوا فكذا هذا.

---

(١) قد سبق تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سورة الكهف، الآية: (٢٠).

وأما الحكم الذي ليس بأصلي للعان فهو وجوب قطع النسب في أحد نوعي القذف، وهو القذف بالولد، لما روي: «**أنّ رسول الله ﷺ لما لَاعَنَ بين هلال بن أمية وبينَ زوجتِهِ وفَرَّقَ بينهما نفى الولد عَنْهُ وألحقهُ بالمرأةِ**»[1]، فصار النفي أحد حكمي اللعان، ولأن القذف إذا كان بالولد فغرض الزوج أن ينفي ولداً ليس منه في زعمه فوجب النفي تحقيقاً لغرضه، وإذا كان وجوب نفيه أحد حكمي اللعان فلا يجب قبل وجوده، وعلى هذا قلنا إن القذف إذا لم ينعقد موجباً للعان أو سقط بعد الوجوب ووجب الحدّ أو لم يجب أو لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد لا ينقطع نسبُ الولد.

وكذا إذا نفى نسب ولد حرة فصدّقته لا ينقطعُ نسبه لتعذّر اللعان لما فيه من التناقض حيث تشهد بالله إنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه صادق، وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب لأنه حكمه ويكون ابنهما لا يصدقان على نفيه لأن النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان ولم يوجد ولا يعتبر تصادقهما على النفي، لأن النسب يثبت حقاً للولد وفي تصادقهما على النفي إبطال حق الولد، وهذا لا يجوز.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان علوق الولد في حال لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان نحو ما إذا علقت وهي كتابية أو أمة ثم أعتقت الأمة أو أسلمت الكتابية فولدت فنفاه أنه لا ينقطع نسبه لأنه لا تلاعن بينهما لعدم أهلية اللعان وقت العلوق وقطع النسب حكم اللعان ثم لوجود قطع النسب شرائط منها التفريق، لأن النكاح قبل التفريق قائم فلا يجب النفي، ومنها أن يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة أو بعدها بيوم أو بيومين أو نحو ذلك من مدة توجد فيها التهنئة أو ابتياع آلات الولادة عادة، فإن نفاه بعد ذلك لا ينتفي ولم يوقت أبو حنيفة لذلك وقتاً.

وروي عن أبي حنيفة أنه وقت له سبعة أيام، وأبو يوسف ومحمد وقتاه بأكثر النفاس وهو أربعون يوماً، واعتبر الشافعي[2] الفور فقال: إن نفاه على الفور انتفى وإلا لزمه.

وجه قوله: أن/ ترك النفي على الفور إقرار منه دلالة فكان كالإقرار نصاً. وجه قولهما أن النفاس أثر [أ/١٢٩/ج] الولادة فيصح نفي الولد ما دام أثر الولادة.

ولأبي حنيفة: أن هذا أمر يحتاج إلى التأمل فلا بد له من زمان للتأمل وأنه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال فتعذر التوقيت فيه فيحكم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة أو مضي مدة يفعل ذلك فيها عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك، وبهذا يبطل اعتبار الفور، لأن معنى التأمل والتروي لا يحصل بالفور.

وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته: إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب أنه له أن ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهنئة الولد وابتياع آلات الولادة.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) انظر «الأم» (٥/ ٢٩٢).

وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم أو بلوغ الخبر؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعاً.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن قدم قبل الفصال فله أن ينفيه في مقدار مدة النفاس، وإن قدم بعد الفصال فليس له أن ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد كذا ذكره القدوري.

ووجهه: أن الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الأول فصار كمدة النفاس وبعد الفصال انتقل عن ذلك الغذاء وخرج عن حال الصغر، فلو احتمل النفي بعد ذلك لاحتمل بعدما صار شيخاً وذلك قبيح.

وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» أنه إن بلغه الخبر في مدة النفاس فله أن ينفي إلى تمام مدة النفاس، وإن بلغه الخبر بعد أربعين فقد روي عن أبي يوسف أنه قال له أن ينفي إلى تمام سنتين، لأنه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما، ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف أنه لا يقطع النسب ويلاعن.

وعن محمد أنه قال: ينتفي الولد إذا نفاه بعد بلوغ الخبر إلى أربعين يوماً، ومنها أن لا يسبق النفي عن الزوج ما يكون إقراراً منه بنسب الولد لا نصاً ولا دلالة، فإن سبق لا يقطع النسب من الأب، لأن النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي بوجه لأنه لما أقرّ به فقد ثبت نسبه، والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي، فالنص نحو أن يقول هذا ولدي أو هذا الولد مني والدلالة هي أن يسكت إذا هنىء ولا يرد على المهنىء، لأن العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادةً، فكان السكوت والحالة هذه اعترافاً بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف.

وروى ابنُ رستم عن محمد أنه إذا هنىء بولدِ الأمة فسكتَ لم يكن اعترافاً، وإن سكت في ولد الزوجة كان اعترافاً.

ووجه الفرق: أن نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش إلا أن له عرضية النفي من الزوج، فإذا سكت عند التهنئة دل على أنه لا ينفيه فبطلت العرضية فتقرر النسب.

فإما ولد الأمة فلا يثبت نسبه إلا بالدعوة ولم توجد، فإن جاءت بولدين في بطن فأقر بأحدهما ونفى الآخر، فإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعَن ولزمه الولدان جميَعاً أما لزوم الولدين فلأن إقراره بالأول إقرار بالثاني، لأن الحملَ حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض كالواحد أنه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فإذا نفى الثاني فقد رجع عما أقر به والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعاً ويلاعن، لأن من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن، وإن كان لا يقطع نسبه لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه في الجملة.

ألا ترى أنه شرع في المقذوفة بغير ولد، ثم إنما وجب اللعان لأنه لما أقر بالأول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا، ومن قال لامرأته أنت عفيفة ثم قال لها أنت زانية يلاعن، وإن نفى الأول وأقر بالثاني حدّ ولا لعان ويلزمانه جميعاً.

أما ثبوت نسب الولدين فلأن نفي الأول، وإن تضمن نفي الثاني فالإقرار بالثاني يتضمن الإقرار بالأول فيصير مكذباً نفسه.

ومن وجب عليه اللعان إذا أكذب نفسه يحدّ، وإذا حدّ لا يلاعن لأنهما لا يجتمعان، ولأنه لما نفى الأول فقد قذفها بالزنا فلما أقر بالثاني فقد وصفها بالعفة، ومن قال لامرأته أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة يحد حد القذف ولا يلاعن.

ومنها: أن يكون الولد حياً وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فإن لم يكن لا يقطع نسبه من/ الأب [ب/١٢٩/ج] حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن ويلزمه الولد، لأن النسب يتقرر بالموت فلا يحتمل الانقطاع، ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفي الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان.

وكذلك إذا جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن ويلزمه الولدان لما قلنا وكذلك إذا جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن الزوج ويلزمه الولد لما قلنا.

وكذا لو جاءت بولدين فنفاهما ثم ماتا قبل اللعان أو قتلا يلاعن ويلزمه الولدان، لأن النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما قلنا، وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان، لأن نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت فكذا نسب الحي لأنهما توأمان.

وأما اللعان فقد ذكر الكرخي: أنه يلاعن ولم يذكر الخلاف، وكذا ذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي».

وذكر ابن سماعة الخلاف في المسألة فقال عند أبي يوسف يبطل اللعان، وعند محمد: لا يبطل.

وجه قول محمد: أن اللّعان قد وجب بالنفي فلو بطل إنما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان، لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان، ولأبي يوسف أن المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعني القذف بنفي الولد هو نفي الولد، فإذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا ينفي الولد، ولو ولدت ولداً فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق وألزم الولد أمه أو لزمها بنفس التفريق ثم ولدت ولداً آخر من الغد لزمه الولدان جميعاً واللعان ماض، لأنه قد ثبت نسب الولد الثاني إذ لا يمكن قطعه مما وجد من اللعان، لأن حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثاني.

وإن قال الزوج: هما ابناي لا حدَّ عليه، لأنه صادق في إقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتي النسب منه شرعاً.

فإن قيل: أليس إنه أكذب نفسه بقوله هما ابناي، لأنه سبق منه نفي الولد، ومن نفىٰ الولد فلوعِنَ ثم أكذب نفسه فيقام عليه الحد كما إذا جاءت بولد واحد فقال هذا الولد ليس مني فلاعن الحاكم بينهما ثم قال هو ابني، فالجواب أن قوله هما ابناي يحتمل الإكذاب، ويحتمل الإخبار عن حكم لزمه شرعاً وهو ثبوت نسب الولدين فلا يجعل إكذاباً مع الاحتمال بل حمله على الإخبار أولى؛ لأنه لو جعل إكذاباً للزمه الحد، ولو جعل إخباراً عما قلنا لا يلزمه.

وقد قال النبي ﷺ: «ادْرَؤُا الحدود بالشُّبُهاتِ»[١]، وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم حتى لو قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها به من الزنا يحد لأنه نص على الإكذاب فزال الاحتمال، وقد قال مشايخنا إن الإقرار بالولد بعد النفي إنما يكون إكذاباً إذا كان المقر بحال لو لم يقر به للوعن به إذا كان من أهل اللعان، وههنا لم يوجد لأنه لو لم يقر بهما لم يلاعن بخلاف الفصل الأول فإنه لو لم يقر بهما للوعن به، وعلى هذا قالوا لو ولدت امرأته ولداً فقال هو ابني ثم ولدت آخر فنفاه ثم أقر به لا حد عليه لأنه لم يصر مكذباً نفسه بهذا الإقرار، ألا ترى أنه لو لم يقر به لا يلاعن بنفي الولد (لثبوت) نسب الولدين. ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه ولا حد عليه لأنه أعاد القذف الأول وكرره لتقدم القذف منه واللعان والملاعن إذا كرر القذف لا يجب عليه الحد.

ولو طلق امرأته طلاقاً رجعياً فجاءت بولد لأقل من سنتين بيوم فنفاه، ثم جاءت بولد بعد سنتين بيوم فأقر به فقد بانت ولا لعان ولا حد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هذه رجعية وعلى الزوج الحد، فنذكر أصلهما وأصله وتخرج المسألة عليه، فمن أصلهما أن الولد الثاني يتبع الولد الأول لأنها جاءت به في مدة يثبت نسبه فيها. وهكذا هو سابق في الولادة فكان الثاني تابعاً له، فجعل كأنها جاءت بهما لأقل من سنتين فلا تثبت الرجعة فتبين بالولد الثاني فتصير أجنبية فيتعذر اللعان.

ومن أصله أن الولد الأول يتبع الثاني، لأن الثاني حصل من وطء حادث بعد الطلاق بيقين إذ الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، والأول يحتمل أنه حصل من وطء حادث أيضاً وإننا نرد المحتمِل إلى المحكَم فجعل الأول تابعاً للثاني فصار كأنها ولدتهما بعد سنتين.

والمطلقة طلاقاً رجعياً إذاجاءت بولدٍ لأكثر من سنتين ثبتت الرجعة لأنه يكون من وطء حادث بعد الطلاق بيقين فيصير مراجعاً لها بالوطء، فإذا أقر بالثاني بعد نفي الأول فقد أكذب نفسه فيحدّ، وإن/ كان [١٣٠/أ/ج] الطلاق بائناً والمسألة بحالها يحد ويثبت نسب الولدين عندهما، وعند محمد لا حدّ ولا لعانَ ولا يثبت نسبُ الولدين، لأن من أصلهما أن الولد الثاني يتبع الأول فتجعل كأنها جاءت بهما لأقل من سنتين فيثبت نسبهما ولا يجب اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لإكذاب نفسه.

ومن أصله أن الأول يتبعُ الثاني وتجعل كأنها جاءت به لأكثر من سنتين والمرأة مبتوتة، والمبتوتةُ إذا جاءت بولدٍ لأكثر من سنتين لا يثبت نسب الولد ولا يحد قاذفها لأن معها علامة الزنا وهو ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها. ومنها أن لا يكون نسب الولد محكوماً بثبوته شرعاً، كذا ذكر الكرخي.

فإن كان لا يقطع نسبه فصورته ما روي عن أبي يوسف أنه قال في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به، فضرب القاضي الأجنبيَّ الحدَّ فإن نسب الولد يثبت من الزوج ويسقط اللعان لأن القاضي لما حد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه، والحكم بكذبه حكم بثبوت نسب الولد والنسب المحكوم بثبوته لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به، وإنما سقط اللعان لأن الحاكم لما

---

(١) سبق تخريجه.

حد قاذفها فقد حكم بإحصانها في عين ما قذفت به، ثم إذا قطع النسب من الأب وألحق الولد بالأم يبقى النسب في حق سائر الأحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة إليه، ولا يجب القصاص على الأب بقتله ونحو ذلك من الأحكام، إلا أنه لا يجري التوارث بينهما، ولا نفقة على الأب لأن النفي باللعان يثبت شرعاً بخلاف الأصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولوداً على فراشه، وقد قال النبي ﷺ: «الوَلَدُ للفراشِ»[1]، فلا يظهر في حق سائر الأحكام.

فصل: وأما بيان ما يبطل به حكم اللعان فكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق، وهو ما ذكرنا من جنونهما بعد اللعان قبل التفريق أو جنون أحدهما، أو خرسهما أو خرس أحدهما، أو ردتهما أو ردة أحدهما أو صيرورة أحدهما محدوداً في قذف أو صيرورة المرأة موطوءة وطئاً حراماً وإكذاب أحدهما نفسه حتى لا يفرق الحاكم بينهما ويكونان على نكاحهما والأصل أن بقاءهما على حال اللعان شرط بقاء حكم اللعان، فإن بقيا على حال اللعان بقي حكم اللعان وإلا فلا، وإنما كان كذلك لأن اللعان شهادة ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة إلى أن يتصل القضاء بشهادته حتى يجب القضاء بها وقد زالت صفة الشهادة بهذه العوارض فلا يجوز للقاضي التفريق، ولو لاعنها بالولد ثم قذفها هو أو غيره لا يجب الحدُّ، ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو أو غيره يجب عليه الحد، والفرق أن اللِّعان لا يوجب تحقيق الزنا منها فلا تزول عفتها باللعان، إلا أن في اللعان بالولد قذفها ومعها علامة الزنا، وهو الولد بغير أبٍ فلم تكن عفيفة فلا يقام الحدّ على قاذفها ولم يوجد ذلك في اللعان بغير ولد فبقيت عفتها فيجب الحد على قاذفها.

ولو أكذب نفسه بعد اللعان بولد أو بغير ولد ثم قذفها هو أو غيره يجب الحدّ، لأن اللعان لا يحقق الزنا والولد بلا أب مع الإكذاب لا يكون علامة للزنا فتكون عفتها قائمة فيحد قاذفها. والله عز وجل أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الوصايا، باب قول الموصي لوصية (٢٧٤٥) ومسلم في «صحيحه» كتاب الرضاع باب الولد للفراش (١٤٥٧).

كتاب الرّضاع

قد ذكرنا في كتاب النكاح أن المحرمات نكاحاً على التأبيد أنواع ثلاثة: محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع، وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح، وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع، والكلام في هذا الكتاب يقع في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان المحرمات بالرضاع. والثاني: في بيان صفة الرضاع المحرم. والثالث: في بيان ما يثبت به الرضاع.

فصل: أما الأول: فالأصل أن كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله عز وجل في كتابه الكريم نصاً أو دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة، إلا أن الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها، وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها.

أما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو أن المرضعة تحرم على المرضع لأنها صارت أماً له بالرضاع فتحرم عليه لقوله عز وجل: ﴿وأُمَّهَاتُكُم اللاّتي أَرْضَعْنَكم﴾[1] معطوفاً على قوله تعالى: ﴿حُرِّمت عَليكم أمهاتُكم وبناتُكم﴾[2] فسمى سبحانه وتعالى المرضعة أم المرضع وحرّمها عليه، وكذا بناتها يحرمن عليه، سواء كُنّ من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لأنهن أخواته من الرضاعة، [ب/١٣٠/ج] وقد قال الله عز وجل: ﴿وأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَة﴾/[3] أثبت الله تعالى الأخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع، والحرمة بينهما مطلقاً من غير فصل بين أخت وأخت، وكذا بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن، لأنهن بنات أخ المرضع وأخته من الرضاعة، وهنّ يحرمن من النسب كذا من الرضاعة.

ولو أرضعت امرأة صغيرين من أولاد الأجانب صارا أخوين لكونهما من أولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما إذا كان أحدهما أنثى. والأصل في ذلك أن كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد صارا أخوين أو أختين أو أخاً وأختاً من الرضاعة فلا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب وأمهات المرضعة يحرمن على المرضع لأنهن جداته من قبل أمه من الرضاعة وآباء المرضعة أجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب وأخوات المرضعة يَحرُمن على المرضع لأنهنّ خالاته من الرضاعة وأخواتها أخوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب، فأما بنات أخوة المرضعة وأخواتها فلا يحرمن على

(١) سورة النساء، الآية: (٢٣).
(٢) سورة النساء، الآية: (٢٣).
(٣) سورة النساء، الآية: (٢٣).

المرضع لأنهن بنات أخواله وخالاته من الرضاعة وإنهن لا يحرمن من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على أبناء المرضع وأبناء أبنائه وإن سفلوا كما في النسب، هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة.

والأصل في هذه الجملة قول النبي ﷺ: «يحرمُ مِن الرَّضَاعِ مَا يحرمُ مِنَ النَّسبِ»[1]، فيجب العمل بعمومه إلا ما خص بدليل.

وأما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم.

وروي عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال: «لا تَثْبت» وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء بن يسار، وبشر المريسي، ومالك وهي المسألة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل أنه هل يحرم أو لا، وتفسير تحريم لبن الفحل أن المرضعة تحرم على زوج المرضعة لأنها بنته من الرضاع، وكذا على أبنائه الذين من غير المرضعة لأنهم أخوتها لأب من الرضاعة، وكذا على أبناء أبنائه وأبناء بناته من غير المرضعة لأنهم أبناء إخوة المرضعة وأخواتها لأب من الرضاعة.

وعلى هذا إذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وأرضعت كل واحدة منهما صغيراً أجنبياً فقد صارا أخوين لأب من الرضاعة فإن كان أحدهما أنثى فلا يجوز النكاح بينهما، لأن الزوج أخوها لأبيها من الرضاعة، وإن كانا أنثيين لا يجوز لرجل أن يجمع بينهما لأنهما أختان لأب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لأنهم أجدادها من قبل الأب من الرضاعة، وكذا على إخوته لأنهم أعمامها من الرضاعة وأخواته عمات المرضع فيحرمن عليه، وأما أولاد إخوته وأخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لأنهم أولاد الأعمام والعمات، ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع.

هذا تفسير لبن الفحل: احتج من قال إنه لا يحرم بأن الله عز وجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى: ﴿وأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتي أَرْضَعْنَكُمْ﴾[2] ولو كانت الحرمة ثابتةً في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عليكم أُمَّهَاتُكُم وبَنَاتُكُم﴾[3] ولأن المحرِّم هو الإرضاع وأنه وجد منها لا منه فصارت بنتاً لها لا له.

والدليل عليه أنه لو نزل للزوج لبن فارتضعت منه صغيرة لم تحرم عليه فإذا لم تثبت الخرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره.

ولنا: الحديث المشهور وهو قول النبي ﷺ: «يحْرمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يحرمُ مِنَ النَّسبِ»[4].

وروي أن عائشة رضي الله عنها قالت: «جَاء عَمي مِنَّ الرَّضَاعَةِ فاستأذنَ عليَّ فأبيت أن آذن له حتى

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سورة النساء، الآية: (٢٣).

(٣) سورة النساء، الآية: (٢٣).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب النكاح باب وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم (٥٠٩٩) ومسلم في «صحيحه» كتاب الرضاع باب يحرم من الرضاع (١٤٤٤).

أستأذن رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال ﷺ إنما هو عمّكِ فأذني له»[١]، فقلتُ: يا رسول الله إنّما أرضعتني المرأةُ ولَمْ يُرْضِعْني الرَّجلُ، فقال رسول الله ﷺ: «إنَّهُ عَمُّكِ فَليلجْ عَليكِ»، قالت عائشة رضي الله عنها: «وكان ذَلِكَ بعد أن ضُرِبَ علينا الحِجَابُ» أي بعد أمر الله عز وجل النساء بالحجاب عن الأجانب.

وقيل: «كان الداخل عليها أفلح أخا أبي القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها[٢]، وعن عمرة أن عائشة رضي الله عنها أخبرتها: «أن رسول الله ﷺ كانَ عِنْدَها وإنَّها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة»[٣].

قالت عائشة: فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك فقال: «أراهُ فلاناً لعمِ حفصة مِنَ الرَّضَاعَة» فقلت: يا رسول الله لو كانَ فلاناً حياً لعمي من الرضاعة أكان يدخل عليّ، فقال: «نعم إنَّ الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة» وعن علي رضي الله عنه أنه قال: «لا تنكح مَنْ أرضعتْه امرأةُ أبيك ولا امرأةُ أخيك ولا امرأةُ ابنك»[٤].

[أ/١٣١/ج] وعن ابن عباس رضي الله عنهما/ أنه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فأرضعت هذه غلاماً وهذه جارية هل يصلح للغلام أن يتزوج الجارية؟ فقال رضي الله عنه: «لا، اللقاح واحد»[٥] بين الحكم وأشار إلى المعنى وهو اتحاد اللقاح، ولأن المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعاً فيجب أن يكون الرضاع منهما جميعاً كما كان الولد لهما جميعاً.

وأما قولهم: إن الله تعالى بيّن الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول إن لم يبينها نصاً فقد بينها دلالة، وهذا لأن البيان من الله تعالى بطريقين بيان إحاطة، وبيان كفاية، فبين في النسب بيان إحاطة، وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطاً للمجتهدين على الاجتهاد، والاستدلال بالمنصوص عليه على غيره وهو أن الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعاً فكان الرضاع منهما جميعاً، وهذا لأن اللبن إنما يوجب الحرمة لأجل الجزئية والبعضية، لأنه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءَهما جميعاً وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم يقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمات احتياطاً، والسبب يقام مقام المسبب خصوصاً في باب الخرمات أيضاً.

ألا ترى أن المرأة تحرم على جدها كما تحرم على أبيها، وإن لم يكن تحريمها على جدها منصوصاً

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب النكاح باب ما يحل من الدخول (٥٢٣٩).
ومسلم في «صحيحه» كتاب الرضاع باب تحريم الرضاع (١٤٤٥).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الشهادات باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض برقم ( ) باب أمهاتكم اللاتي أرضعنكم من كتاب النكاح (٥٠٩٩).
ومسلم في «صحيحه» كتاب الرضاع باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة (١٤٤٤).

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن» (٧/٤٥٣).

(٥) أخرجه الترمذي في «سننه» كتاب الرضاع باب ما جاء في لبن الفحل برقم (١١٤٩).

عليه في الكتاب العزيز لكن لما كان مبيناً بيان كفاية وهو أن البنت وإن حدثت من ماء الأب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الأب أقيم السبب مقام المسبَّب في حق الحرمة احتياطاً كذا ههنا.

والدليل عليه أنه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصاً لم يذكر بنات الأخوة والأخوات من الرضاعة نصاً، وإنما ذكر الأخوات ثم ذكر لبنات الأخوة والأخوات دلالة حتى حرمن بالإجماع كذا ههنا. على أنه لم يبين بوحي متلوّ فقد بين بوحي غير متلوّ على لسان رسول الله ﷺ بقوله: «**يحرُمُ مِنَ الرّضاعِ مَا يَحرمُ مِنَ النَّسَبِ**»[1] وقد خرج الجواب عن قولهم إن الإرضاع وجد منها لما ذكرنا أنه وجد منهما لأن سبب حصول اللبن ماؤهما جميعاً فكان الإرضاع منهما جميعاً.

وأما الزوج إذا نزل له لبن فارتضعت صغيرة فذاك لا يسمى رضاعاً عرفاً وعادة، ومعنى الرضاع أيضاً لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء لأنه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة والله عز وجل أعلم.

ثم إنما تثبت الحرمة من جانب الزوج إذا كان لها زوج، فأما إذا لم يكن لها زوج بأن ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت به صبياً فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزاني، لأن نسبه يثبت منها لا من الزاني.

والأصل: أن كل ما يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر إذا نزل لها لبن وهي لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق.

وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الأربع الذين وصفناهم في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من زوج آخر من الرضاع كما في النسب إلا أن الأم تحرم بنفس العقد على البنت إذا كان صحيحاً، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم كما في النسب، وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وإن علون أو بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن من الرضاع كما في النسب، وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وإن سفل على أب الرضاع وأب أبيه وإن علا كما في النسب، وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وإن علا على ابن الرضاع وابن ابنه وإن سفل كما في النسب، وكذا يحرم بالوطء أو الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطىء.

وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطىء وابنه من الرضاع.

وكذا على أجداده وإن علوا، وعلى أبناء أبنائه وإن سفلوا كما في النسب سواء كان الوطء حلالاً بأن كان يملك اليمين أو الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان بزنا عندنا، وعند الشافعي[2]: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع، والمسألة قد مرت في كتاب النكاح.

ثم قول النبي ﷺ: «**يحرمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يحرمُ مِنَ النَّسبِ**»[3] مجرى على عمومه إلا في مسألتين إحداهما أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج بأخت ابنه من النسب لأمه وهو أن يكون لابنه أخت لأمه من النسب من زوج آخر كان لها، ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع وهو أن يكون لابنه من الرضاع أخت من

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر «الأم» (٥/ ٢٥) و «المهذب» (٢/ ٤٤) و «الروضة» (٧/ ١١٣) و «المنهاج» صفحة (٩٨).

(٣) سبق تخريجه.

[ب/١٣١/ج] النسب لم ترضعها امرأته، لأن المانع من الجواز في النسب كون أم الأخت موطوءة الزوج، لأن أمها/ إذا كانت موطوءة كانت هي بنت الموطوءة وإنها حرام، وهذا لم يوجد في الرضاع، ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب، والثانية أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أم أخته من النسب لأبيه وهو أن يكون له أخت من أبيه من النسب لا من أمه لا يجوز له أن يتزوج أم هذه الأخت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع وهو أن يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب، لأن المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه، وهذا لم يوجد في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب، ويجوز للرجل أن يتزوج أخت أخيه لأبيه من النسب وصورته منكوحة أبيه إذا ولدت ابناً ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لأبيه فيجوز له أن يتزوجها، وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر، ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب، لأن المرضع ابنه، ويجوز للإنسان أن يتزوج أم ابنه من النسب.

وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لأنها أم ابنه من الرضاع فهي كأم ابنه من النسب، وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبـي الصبـي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بأمه والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما صفة الرضاع المحرم، فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر، فأما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم إلا ما روي عن عائشة رضي الله عنها: «أنه يحرمُ في الصِّغَرِ والكِّبرِ جَميعاً»، واحتجت بظاهر قوله تعالى: ﴿**وأُمَّهَاتُكُمُ اللاتي أَرضَعْنَكُمْ وأخواتُكم مِنَ الرَّضَاعة**﴾[1] من غير فصل بين حال الصغر والكبر.

وروي أن أبا حذيفة تبنى سالماً وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة إلى رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله قد كنا نرى سالماً ولداً وكان يدخل عليّ، وليس لنا إلا بيت واحد فماذا ترى في شأنه، فقال لها رسول الله ﷺ: «**أَرْضِعيهِ عَشْرَ رضعاتٍ ثُمَّ يَدْخُلُ عليكِ وكانَ سالمٌ كبيراً**»[2]، فدل أن الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضي الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبـي ﷺ حتى روي عنها: «أنَّها كانتْ إذا أرادتْ أَنْ يَدْخُلَ عليها أحدٌ مِنَ الرِّجَالِ أمرتْ أختَها أم كلثوم بنت أبـي بكر رضي الله عنها، وبناتِ أَخيها عبد الرحمنِ بن أبـي بكرِ الصديق رضي الله عنهُ أَنْ يُرْضِعْنَهُ»[3]. فدل عملها بالحديث بعد موت النبـي ﷺ على أنه غير منسوخ.

ولنا: ما روي: «**أَنَّ رسول الله ﷺ دخلَ يوماً على عائشةَ رضي الله عنها فوجد عندها رجلاً فتغير وجه رسول الله ﷺ فقال: «مَنْ هذا الرجل؟»**.

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٣).

(٢) أخرجه أحمد (٣٨/٦) من «المسند» ومسلم في «الصحيح» (١٤٥٣) كتاب الرضاع باب رضاعة الكبير والبخاري في «الصحيح» باب الأكفاء في الدين (٥٠٨٨).

ومالك في «الموطأ» كتاب الرضاع باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر.

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الرضاع باب رضاعة الصغير أن سالم بن عبد الله أرسلت به عائشة وهو يرضع إلى أختها أم كلثوم، فقالت: أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل عليّ... الحديث.

فقالت عائشة: «هذا عمي من الرَّضَاعَة»، فقال رسول الله ﷺ: «انظرن مَا أخواتُكم مِنَ الرَّضاعة إنما الرَّضاعةُ مِنَ المجاعَةِ»[١]، أشار ﷺ إلى أن الرضاع في الصغر هو المحرم إذ هو الذي يدفع الجوع، فأما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الرَّضاع مَا أنبتَ اللحمَ وأنشرَ العظم»[٢]، وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير، لأن إرضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم.

وروي عنه ﷺ أنه قال: «الرَّضاع مَا فَتَقَ الأمعاء»[٣]، ورضاع الصغير هو الذي يفتق الأمعاء لا رضاع الكبير، لأن أمعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها إلا اللبن لكونه من ألطف الأغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عز وجل: ﴿لَبَناً خالِصاً سائغاً للشاربين﴾[٤] فأما أمعاء الكبير فمنفتقة لا تحتاج إلى الفتق باللبن وروي عنه ﷺ أنه قال: «لا رِضَاعَ بعدَ فِصَالٍ»[٥].

وروي «أنَّ رجلاً مِنْ أهلِ الباديةِ ولدت امرأته ولداً فمات ولدها فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه، فسأل عنه أبا موسى الأشعري رضي الله عنه قال: «قد حرمت عليك».

ثم جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله فقال: «هل سألت أحداً»، فقال: «نعم سألت أبا موسى الأشعري»، فقال: «حرمت عليك» فجاء ابن مسعود أبا موسى الأشعري رضي الله عنهما فقال له: «أما علمت أنه إنما يحرمُ مِنَ الرَّضَاع ما أنبتَ اللحم» فقال أبو موسى: «لا تسألوني عَنْ شيء مَا دَامَ هَذَا الحبرُ بينَ أَظْهُرِكُمْ»[٦].

وعن عبد الله بن عمر أن رجلاً جاء إلى عمر رضي الله عنه فقال: «كانتْ لِي وليدة أطؤها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها فدخلتُ عليها» فقالت: دونك مقدور الله أرضعتُها» فقال عمر رضي الله عنه: «واقعها فهي جاريتك فإنّما الرَّضَاعةُ عِنْدَ الصِّغر»[٧] وبهذا/ تبين أن ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير، لأن [أ/١٣٢/ج] النبي ﷺ فسر الرضاع المحرم بكونه: «دافعاً للجوع منبتاً للحم منشراً للعظم فاتقاً للأمعاء»[٨]، وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصله.

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب النكاح باب من قال: لا رضاع بعد حولين برقم (٥١٠٢) وأخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الرضاع باب إنما الرضاعة من المجاعة برقم (١٤٥٥).

(٢) أخرجه أحمد (١/٤٣٢) وأبو داود في «سننه» كتاب الرضاع باب رضاعة الكبير (٢٠٦٠).

(٣) أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب النكاح باب لا رضاع بعد فصال رقم (١٩٤٩) وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف. كما في «الزوائد»، والترمذي بزيادة في «سننه» كتاب الرضاع باب ما جاء في ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصِغَر دون الحولين (١١٥٢).

(٤) سورة النحل، الآية: (٦٦).

(٥) أخرجه الطبراني في «الصغير» رقم (٩٥٢) وعبد الرزاق في «المصنف» باب لا رضاع بعد الفطام رقم (١٣٨٩٧).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الرضاع باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر.

(٨) إشارة إلى الحديث «الرضاعة ما أنبت اللحم وأنشر العظم».

وأما حديث سالم فالجواب عن التعلق به من وجهين:

أحدهما: يحتمل أنه كان مخصوصاً بذلك يدل عليه ما روي أن سائر أزواج رسول الله ﷺ أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحد من الرجال، وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله ﷺ سهلة بنت سهيل[(١)] إلا رخصة في سالم وحده، فهذا يدل على أن سالماً كان مخصوصاً بذلك وما كان من خصوصية بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس ولا نترك به الأصل المقرر في الشرع.

والثاني: أن رضاع الكبير كان محرماً، ثم صار منسوخاً بما روينا من الأخبار.

وأما عمل عائشة رضي الله عنها فقد روي عنها ما يدل على رجوعها فإنه روي عنها أنها قالت: «لا يحرمُ مِنَ الرَّضَاعِ إلا ما أنبتَ اللحمَ والدَّم»[(٢)].

وروي أنها كانت «تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهم أن تُرضِعَ الصبيانَ حتَّى يَدْخُلوا عليها إذَا صَارُوا رِجَالاً»[(٣)]، على أن عملها معارض بعمل سائر أزواج النبي ﷺ فإنهن كن لا يرين أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الرجال، والمعارض لا يكون حجة، وإذا ثبت أن رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير يحرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم.

وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة: ثلاثون شهراً ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفطم، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم، وهو قول الشافعي، وقال زفر: ثلاثة أحوال: وقال بعضهم: خمس عشرة سنة، وقال بعضهم: أربعون سنة.

احتج أبو يوسف ومحمد بقوله: ﴿**والوالداتُ يُرْضِعْنَ أَولادَهُنَّ حولينِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَة**﴾[(٤)]، جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمامَ مدة الرضاع وليس وراء التمام شيء. وبقوله تعالى: ﴿**وَفِصَالُه في عَامَيْنِ**﴾[(٥)].

وقوله عز وجل: ﴿**وحَمْلُهُ وفِصَالُه ثلاثونَ شَهْراً**﴾[(٦)]، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقي مدة الفصال حولين، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا رَضَاعَ بعد الحولين**»[(٧)] وهذا نص في الباب.

---

(١) سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشية العامرية. أسلمت قديماً وهاجرت مع زوجها أبي حذيفة بن عتبة إلى الحبشة فولدت له هناك محمد بن أبي حذيفة. انظر «الإصابة» (٤/٣٢٩).

(٢) تقدم.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٥) سورة لقمان، الآية: (١٤):

(٦) سورة الأحقاف، الآية: (١٥).

(٧) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الرضاع باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين مرفوعاً من طريق أبي أحمد الهيثم بن جميل مرفوعاً وقال: وغير أبي الهيثم يوقفه على ابن عباس.

ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتي أرضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَة﴾[1]، أثبت الحرمة بالرضاع مطلقاً عن التعرض لزمان الإرضاع إلا أنه قام الدليل على أن زمان ما بعد الثلاثين شهراً ليس بمراد فيعمل بإطلاقه فيما وراءه وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَنْ تَرَاضٍ مِنهُمَا وَتَشَاوُرٍ﴾[2].

والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنه أثبت لهما إرادة الفصال بعد الحولين، لأن الفاء للتعقيب فيقتضي بقاء الرضاع بعد الحولين ليتحقق الفِصال بعدهما.

والثاني: أنه أثبت لهما إرادةَ الفِصال مطلقاً عن الوقت ولا يكون الفِصال إلا عن الرضاع، فدلّ على بقاء حكم الرضاع في مطلق الوقت إلى أن يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى: ﴿وإنْ أردتم أنْ تَسْتَرْضِعُوا أولادكم﴾[3] أثبت لهما إرادة الاسترضاع مطلقاً عن الوقت. فمن ادعى التقييدَ بالحولين فعليه الدليل ولأن الإرضاع إنما يوجب الحرمة لكونه منبتاً للحم منشراً للعظم على ما نطق به الحديث، ومن المحال عادة أن يكون منبتاً للحم إلى الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفةٍ، لأن الله تعالى ما أجرى العادة بتغير الغذاء إلا بعد مدة معتبرة، ولأن المرأة قد تلد في البرد الشديد والحر الشديد، فإذا تم على الصبي سنتان لا يجوز أن تؤمر المرأة بفطامه، لأنه يخاف منه الهلاك على الولد إذ لو لم يعود بغيره من الطعام فلا بدّ وأن تؤمر بالرضاع، ومحالٌ أن تؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع في وقتٍ واحد فدل أن الرضاع بعد الحولين يكون رضاعاً إلا أن أبا حنيفة استحسن في تقديره مدة إبقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لأنه أقل مدة تغير الولد، فإن الولد يبقى في بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغذائها ثم ينفصل فيصير أصلاً في الغذاء، وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع في ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة يثبت في بقيتها كالسنة الأولى والثانية.

وأما الآية الأولى ففيها أن الحولَين مدة الرضاع في حق من أراد تمام الرضاعة، وهذا لا ينفي أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع في حق من لم يرد أن يتم الرضاعة/ مع ما أن ذكر الشيء بالتمام لا يمنع من [ب/١٣٢/ج] احتمال الزيادة عليه، ألا ترى إلى قوله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ»[4]، وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه، فإن طواف الزيارة من فروض الحج، على أن في الآية الكريمة أن الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع في حق الحرمة أو في حق وجوب أجر الرضاع على الأب فالنص لا يتعرض له.

وعندهما: تمام مدة الرضاع في حق وجوب الأجر على الأب حتى إن الأم المطلقة إذا طلبت الأجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يجبر الأب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين، أو تحمل الآية على هذا توفيقاً بين الدلائل لأن دلائل الله عز وجل لا تتناقض.

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٣).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٢).

(٤) تقدم.

وأما الآية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور، فكان هذا استدلالاً بالمسكوت كقوله عز وجل: ﴿فكاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فيهم خَيْراً﴾[١] الآية أنه لا يمنع جواز الكتابة إذا لم يعلم فيهم خيراً.

وأما الآية الثالثة فتحتمل ما ذكرتم أن المراد من الحمل هو الحمل بالبطن، والفصال هو الفطام فيقتضي أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر كما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضي أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعاً، لأنه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالباً لا أن يكون بعض هذه المدة مدة الحمل وبعضها مدة الفصال، لأن إضافة السنتين إلى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما بل تقتضي أن يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القائل: صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما بل يقتضي كون الشهر كله وقتاً لكل واحد منهما فيقتضي أن يكون الثلاثون شهراً مدة الرضاع كما هو مذهب أبي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه إن وقع التعارض بين الآيات ظاهراً لكن ما تلونا حاظر وما تلوتم مبيح والعمل بالحاظر أولى احتياطاً.

وأما الحديث فالمشهور «لا رِضَاعَ بعدَ فِصَالٍ»[٢] ونحن نقول بموجبه فجائز أن يكون أصل الحديث هذا وأن من ذكر الحولين (حَمَلَهُ) على المعنى عنده، ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الإرضاع على الأب بعد الحولين أي في حق وجوب الأجر عليه على ما ذكرنا من تأويل الآية أو يحمل على هذا عملاً بالدلائل كلها والله الموفق.

ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلافهم فيها سواء فطم في المدة أو لم يفطم هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعاً محرماً ولا يعتبر الفطام وإنما يعتبر الوقت فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في السنتين ونصف، وعندهما ما كان في السنتين لأن الرضاع في وقته عرف محرماً في الشرع لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما إذا فطم أو لم يفطم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال إذا فطم في السنتين حتى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهراً لم يكن ذلك رضاعاً، لأنه لا رضاع بعد الفطام، وإن هي فطمته فأكل أكلاً ضعيفاً لا يستغني به عن الرضاع ثم عاد فأرضع كما يرضع أولاً في الثلاثين شهراً فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم.

ويحتمل أن تكون رواية الحسن تفسيراً لظاهر قول أصحابنا وهو أن الرضاع في المدة بعد الفطام إنما يكون رضاعاً محرماً إذا لم يكن الفطام تاماً بأن كان لا يستغني بالطعام عن الرضاع، فإن استغنى لا يحرم بالإجماع، ويحمل قول النبي ﷺ: «لا رِضَاعَ بَعْدَ الفِصَالِ»[٣] على الفصال المتعارف المعتاد وهو الفصال

(١) سورة النور، الآية: (٣٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

التام المغني عن الرضاع، ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم.

وروي عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما: «أنَّ قليلَ الرَّضاعِ لا يحرم»[١] وبه أخذ الشافعي[٢] فقال: «**لا يحرمُ إلا خمس رضعاتٍ مُتفرقاتٍ**».

واحتج بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن ثم صرن إلى خمس فتوفي النبي ﷺ وهو فيما يقرأ وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا تحرم المصَّة والمصَّتان ولا الإملاجةُ ولا الإملاجتان**»[٣] ولأن الحرمة بالرضاع لكونه منبتاً للحم ومنشراً للعظم، وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرماً.

ولنا: قوله عز وجل: ﴿**أُمَّـهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وأخواتكم مِنَ الرَّضَاعَةِ**﴾[٤] مطلقاً عن القدر، وروي عن علي وعبد الله / بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا: «قليلُ الرضاع وكثيرهُ سواءٌ»[٥]. [١/١٣٣/ج]

وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «الرضعة الواحدة تحرم»[٦] وروي أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول: «لا تحرم الرضعة والرضعتان» فقال: قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير، وتلا قوله تعالى: ﴿**وأُمَّهَاتُكُمُ اللاتي أَرْضَعْنَكُمْ**﴾[٧] وروي أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول: «لا تحرمُ المصةُ والمصتانِ»[٨] فقال: حكم الله تعالى أولى وخيرٌ من حكمها.

وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل: إنه لم يثبت عنها وهو الظاهر فإنه روي أنها قالت: «**توفي النبي ﷺ وهو مما يتلى فِي القرآنِ**»[٩] فما الذي (نسخهُ) ولا نسخ بعد وفاة النبي ﷺ؟ ولا يحتمل أن يقال

---

(١) انظر الحديث التالي.

(٢) انظر «**الأم**» (٥/ ٢٧) و«**المختصر المزني**» صفحة (٢٢٦) و«**المهذب**» (٢/ ١٥٧) و«**المنهاج**» صفحة (١١٧) و«**الوجيز**» (٢/ ١٠٥).

(٣) أخرجه مسلم في «**صحيحه**» كتاب الرضاع باب في المصة والمصتان (١٤٥٠، ١٤٥١) وأحمد (٦/ ٣١) في «**المسند**» واحتج أيضاً بما أخرجه مسلم في «**صحيحه**» في الرضاع برقم (١٤٥٢) عن عائشة رضي الله عنهما قالت: «**كان فيما أنزل الله تعالى في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن**».

(٤) سورة النساء، الآية: (٢٣).

(٥) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب الرضاع باب رضاعة الصغير.
البيهقي في «**السنن الكبرى**» (٧/ ٤٥٨) كتاب الرضاع باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره.

(٦) أخرجه عبد الرزاق في «**المصنف**» عن ابن عمر (١٣٩١٩، ١٣٩٢٠).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٧/ ٤٥٨) كتاب الرضاع باب يحرم الرضاع قليله وكثيره.

(٧) سورة النساء، الآية: (٢٣).

(٨) أخرجه مسلم في «**صحيحه**» كتاب الرضاع باب التحريم بخمس رضعات (١٤٥٢).

(٩) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب الرضاع باب ما جاء في الرضاعة.
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الرضاع باب التحريم بخمس رضعات رقم (١٤٥٢).

=

ضاع شيء من القرآن، ولهذا ذكر الطحاوي في «اختلاف العلماء» أن هذا حديث منكر وأنه من صيارفة الحديث، ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير.

وأما حديث المصة والمصتين فقد ذكر الطحاوي: أن في إسناده إضطراباً، لأن مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها، وروي أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال: «ما كانَ في الحَوْلين، وإنْ كانَ قطرةً واحدةً محرِّم»[1] والراوي إذا عمل بخلاف ما روي أوجب ذلك وهناً في ثبوت الحديث لأنه لو ثبت عنده لعمل به، على أنه إن ثبت فيحتمل أن الحرمة لم تثبت لعدم القدر المحرم ويحتمل أنها لم تثبت لأنه لا يعلم أن اللبن وصل إلى جوف الصبي أم لا، وما لم يصل لا يحرم فلا يثبت لعدم القدر المحرم ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما: «إذا عَقَىٰ الصبي فقد حرم»[2] حين سئل عن الرَّضعة الواحدة هل تحرم لأن العَقْيَ اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد أسود لزج إذا وصل اللبن إلى جوفه، يقال هل عقيتم صبيكم أي هل سقيتموه عسلاً ليسقط عنه عقيه إنما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه، لأنه لا يعقي من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه، ويحتمل أنه كان ذلك في إرضاع الكبير حين كان محرماً ثم نسخ.

وأما قوله: إنَّ الرضاع إنما يحرم لكونه منبتاً للحم منشراً للعظم فنقول القليل ينبت وينشر بقدره فوجب أن يحرم بأصله وقدره، على أن هذه الأحاديث إن ثبتت فهي مبيحة وما تلونا محرِّم والمحرِّم يقضي على المبيح احتياطاً، لأن الجرعة الكثيرة عنده لا تحرم، ومعلوم أن الجرعة الواحدة الكثيرة في إنبات اللحم وإنشار العظم فوق خمس رضعات صغار، فدل أنه لا مدار على هذا، وكذا يستوي فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها في قدح فأوجر به صبي يحرم عندنا، وقال الشافعي: لبن الميتة لا يحرم، ولا خلاف في أنه إذا حلب لبنها في حال حياتها في إناء فأوجر به الصبي بعد موتها أنه يثبت به الحرمة.

وجه قوله: أن حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلاً لهذا الحكم، ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها عندكم فصار لبنها كلبن البهائم، ولو ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا وإذا لم تثبت الحرمة في حقها لا تثبت في حق غيرها، لأن المرضعة أصل في هذا الحكم فأولاً يثبت في حقها ثم يتعدىٰ إلى غيرها، فإذا لم يثبت في حقها فكيف يتعدى إلى غيرها بخلاف ما إذا حلب حال حياتها ثم أوجر الصبي بعد وفاتها، لأنها كانت محلاً قابلاً للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها بعد ذلك، وههنا بخلافه ولأن اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي فأشبه البول والدم.

= وأبو داود في «السنن» (٢٠٦٢) كتاب النكاح باب هل يحرم ما دون خمس رضعات.
الترمذي في «السنن» (١١٥٠) كتاب أبواب الرضاع باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان.
النسائي في «السنن» (٦/ ١٧) كتاب النكاح باب القدر الذي يحرم من الرضاع.
ابن ماجه في «السنن» (١٩٤٢) كتاب النكاح باب لا تحرم المصة ولا المصتان.

(١) أخرج البيهقي عن عروة أنه سئل عن المصة والمصتين فقال: «كانت عائشة لا تحرم المصة والمصتين ولا تحرم إلا عشراً فصاعداً» (٧/ ٤٥٩) كتاب الرضاع باب يحرم الرضاع قليله وكثيره سواء.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢/ ٢٢٢) بلفظ: «إذا عفا الصبي حرمت عليه وما ولد».

ولنا: الحديث المشهور عن رسول الله ﷺ: «أَنَّهُ يحرمُ مِنَ الرَّضَاعِ ما يحرمُ مِنَ النَّسبِ»[(١)] واسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدي فإن العرب تقول يتيم راضع، وإن كان يرضع بلبن الشاة والبقر، ولا على فعل الارتضاع منها بدليل أنه لو ارتضع الصبي منها وهي نائمة يسمى ذلك رضاعاً حتى يحرم، ويقال أيضاً أُرضع هذا الصبي بلبن هذه الميتة، كما يقال أُرضع بلبن الحية، وقوله ﷺ: «الرَّضَاعُ مِنَ المَجَاعَةِ»[(٢)]، وقوله: «الرَّضاعُ ما أنبتَ اللَّحم وأَنْشرَ العَظْم»[(٣)] وقوله ﷺ: «الرَّضاعُ ما فتقَ الأَمْعَاء»[(٤)] ولبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشر العظم ويفتق الأمعاء فيوجب الحرمة؛ ولأن اللبن كان محرماً في حال الحياة. والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «اللبن لا يموت»، ولأن الموت يحل محل الحياة ولا حياة في اللبن.

ألا ترى أنها لم تتألم بأخذه في حال حياتها، والحيوان يتألم بأخذ ما فيه حياة من لحمه وسائر أعضائه وإذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحاله قبل موتها، وقبل موتها محرم كذا بعده.

وأما قوله: المرأة بالموت خرجت من أن تكون محلاً للحرمة، وهي الأصل في/ هذه الحرمة فنقول: [ب/١٣٣/ج] الحرمة في حال الحياة ما ثبتت باعتبار الأصالة والتبعية بل باعتبار إنبات اللحم وإنشار العظم: وقد بقي هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة، لأنها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطء سبباً لحصول الولد، وكل واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك افترقا، وقوله: اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا شيء بناه على أصله، فأما على أصل أصحابنا فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت، وإن تنجس الوعاء الأصلي له ونجاسة الظرف إنما توجب نجاسة المظروف إذا لم يكن الظرف معدناً للمظروف وموضعاً له في الأصل، فأما إذا كان في الأصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف.

ألا ترى أن الدم الذي يجري بين اللحم والجلد في المذكاة لا ينجس اللحم لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن، والدليل عليه أنه لو حلب لبنها في حال حياتها في وعاء نجس فأوجر به الصبي يحرم، ولا فرق بين الوعاءين إذ النجس في الحالين ما يجاور اللبن لا عينه، ثم نجاسة الوعاء الذي ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له أولى، ويستوي في تحريم الرضاع الارتضاع من الثدي والإسعَاط والإيجار، لأن المؤثر في التحريم مما هو معدن له أولى؛ ويستوي في تحريم الرضاع الارتضاع من الثدي والإسعَاط والإيجار، لأن المؤثر في التحريم هو حصول الغذاء باللبن وإنبات اللحم وإنشار العظم وسد المجاعة لأن يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالإسعاط والإيجار، لأن السعوط يصل إلى الدماغ وإلى الحلق

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود في «سننه» في النكاح، باب في رضاعة الكبير برقم (٢٠٥٩، ٢٠٦٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٦٠، ٤٦١).
وفي «السنن» أبو موسى الهلال وأبوه مجهولان كما قال أبو حاتم انظر «تلخيص الحبير» (٤/ ٤).

(٤) سبق تخريجه.

فيغذي ويسد الجوع، والوجور يصل إلى الجوف فيغذي، وأما الإقطار في الأذن فلا يحرم لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن.

وكذلك الإقطار في الإحليل، لأنه لا يصل إلى الجوف فضلاً عن الوصول إلى المعدة، وكذلك الإقطار في العين والقبل لما قلنا.

وكذلك الأقطار في الجائفة وفي الآمة، لأن الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة والآمة إن كان يصل إلى المعدة لكن ما يصل إليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بأن حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة.

وروي عن محمد: أنها تحرم، وجه هذه الرواية أنها وصلت إلى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم وجه ظاهر الرواية أن المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذي، والحقنة لا تصل إلى موضع الغذاء لأن موضع الغذاء هو المعدة، والحقنة لا تصل إليها فلا يحصل بها نبات اللحم ونشور العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة، ولو جعل اللبن مخيضاً أو رائباً أو شيرازاً أو جيناً أو أقطاً أو مصلاً فتناوله الصبي لا يثبت به الحرمة، لأن اسم الرضاع لا يقع عليه، وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم ولا يكتفي به الصبي في الاغتذاء فلا يحرم، ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه: إما إن اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى، فإن اختلط بالطعام فإن مسته النار حتى نضج لم يحرم في قولهم جميعاً، لأنه تغير عن طبعه بالطبخ، وإن لم تمسه النار فإن كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لأن الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي فلا يثبت به الحرمة، وإن كان اللبن غالباً للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يثبت.

وجه قولهما: أن اعتبارالغالب وإلحاق المغلوب بالعدم أصل في الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما إذا اختلط بالماء أو بلبن شاة، ولأبي حنيفة أن الطعام وإن كان أقل من اللبن فإنه يسلب قوة اللبن، لأنه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في حس البصر فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي فكان اللبن مغلوباً معنى وإن كان غالباً صورة، وإن اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب، فإن كان اللبن غالباً يحرم، لأن هذه الأشياء لا تحلّ بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل يقدر ذلك، لأنها إنما تخلط باللبن ليوصل اللبن إلى ما كان لا يصل إليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرّم فمع هذه الأشياء أولى، وإن كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة، لأن اللبن إذا صار مغلوباً صار مستهلكاً فلا يقع به التغذي فلا تثبت به الحرمة، وكذا إذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضاً، فإن كان اللبن غالباً يثبت به الحرمة، وإن كان الماء غالباً لا يثبت به، وهذا عندنا.

[أ/١٣٤/ج] وعند الشافعي[1]: إذا قطر من/ الثدي مقدار خمس رضعات في حب ماء فسقي منه الصبي تثبت به الحرمة».

وجه قوله: أن اللبن وصل إلى جوف الصبي بقدره في وقته فتثبت الحرمة كما إذا كان اللبن غالباً،

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٢٧) و «المهذب» (١٥٨/٢) و «المنهاج» صفحة (١١٧) و «الروضة» (٥١٤/٩).

ولا شك في وقت الرضاع، والدليل على أن القدر المحرم من اللبن وصل إلى جوف الصبي أن اللبن وإن كان مغلوباً فهو موجود شائع في أجزاء الماء، وإن كان لا يرى فيوجب الحرمة.

ولنا: أن الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذي على ما نطقت به الأحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذي الصبي لزوال قوته، ألا ترى أنه لا يقع الاكتفاء به في تغذية الصبي فلم يكن محرماً وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص أن جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما، فأما على قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يحرم، وإن كان اللبن غالباً وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث إن اختلاطه بالماء يسلب قوته، وإن كان الماء قليلاً كاختلاطه بالطعام القليل.

وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف، ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضاً لما ذكرنا، ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف.

وروي عن أبي حنيفة كذلك، وعند محمد: يثبت الحرمة منهما جميعاً، وهو قول زفر.

وجه قول محمد: أن اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكاً فلا يصير القليل مستهلكاً في الكثير فيغذي الصبي كل واحد منهما بقدره بإنبات اللحم وإنشار العظم أو سد الجوع، لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر.

والدليل على أن خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكاً له: أن من غصب من آخر زيتاً فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعاً، ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب، فإن كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيته، وإن كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكاً فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه، ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين، وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء، وهناك الحكم للغالب، كذا ههنا، ولمحمد: أن يفرق بين الفصلين، فإن اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الإخلال بمعنى التغذي من كل واحد منهما بقدره، لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لأن الماء يسلب قوة اللبن أو يحل به فلا يحصل التغذي أو يختل والله عز وجل أعلم.

ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك فأرضعت صبياً عند الثاني ينظر إن أرضعت قبل أن تحمل من الثاني فالرضاع من الأول بالإجماع، لأن اللبن نزل من الأول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع بالموت، وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها كذا هذا، وإن أرضعت بعدما وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالإجماع، لأن اللبن منه ظاهراً، وإن أرضعت بعد ما حملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الأول إلى أن تضع في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن علم أن هذا اللبن من الثاني بأن ازداد لبنها فالرضاع من الثاني، وإن لم يعلم فالرضاع من الأول.

وروى الحسن بن زياد عنه: أنها إذا حبلت فاللبن للثاني، وقال محمد وزفر: الرضاع منهما جميعاً إلى أن تلد فإذا ولدت فهو من الثاني.

وجه قول محمد: أن اللبن الأول باقٍ والحمل سبب لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر، بخلاف ما إذا وضعت، لأن اللبن الأول ينقطع بالوضع ظاهراً وغالباً فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع منه.

وجه قول أبي يوسف: أن الحامل قد ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل أن الزيادة من الحمل الثاني إذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينقص إذ العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلاً على أنها من الحمل الثاني لا من الأول.

وجه رواية الحسن عنه: أن العادة أن بالحمل ينقطع اللبن الأول، ويحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الأول فكان الرضاع منه لا من الأول.

[ب/١٣٤/ج] ولأبي حنيفة: أن نزول اللبن من الأول ثبت بيقين، لأن الولادة سبب لنزول اللبن بيقين/ عادة فكان حكم الأول ثابتاً بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة أخرى لا الحمل، لأن الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع، والثابت بيقين لا يزول بالشك.

وأما قول أبي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني، فممنوع أن زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل. فإن لزيادة اللبن أسباباً من زيادة الغذاء وجودته وصحة البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك، فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة بالشك فلا ينقطع الحكم عن الأول بالشك، وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب.

ويستوي في تحريم الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والطارىء عليه، لأن دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما، وبيان هذا الأصل في مسائل: إذا تزوج صغيرةً فأرضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه، لأنها صارت أختاً له من الرضاع فتحرم عليه كما في النسب، وكذا إذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع، لأنها صارت بنت أخته أو بنت بنته من الرضاعة وأنها ترحم من الرضاع كما تحرم من النسب.

ولو تزوج صغيرتين رضيعتين فجاءت امرأة أجنبية فأرضعتهما معاً أو على التعاقب حرمتا عليه، لأنهما صارتا أختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما في حالة البقاء كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب، ويجوز أن يتزوج إحداهما أيتهما شاء، لأن المحرم هو الجمع كما في النسب، فإن كنّ ثلاثاً فأرضعتهن جميعاً معاً حرمن عليه، لأنهنّ صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن وله أن يتزوج واحدة منهن أيتهن شاء لما قلنا.

وإن أرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الأولتان وكانت الثالثة زوجته، لأنها لما أرضعت الأولى ثم الثانية صارتا أختين فبانتا منه فإذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختاً لهما لكنهما أجنبيتين

فلم يتحقق الجمع فلا تبين منه، وكذا إذا أرضعت البنتين معاً ثم الثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا. ولو أرضعت الأولى ثم الثنتين معاً حرمن جميعاً، لأن الأولى لم تحرم بهذا الإرضاع لعدم الجمع، فإذا أرضعت الأخرتين معاً صرن أخوات في حالة واحدة فيفسد نكاحهن، ولو كن أربع صبيات فأرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعاً، لأنها لما أرضعت الثانية فقد صارت أختاً للأولى فحصل الجمع بين الأختين من الرضاعة فبانتا ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختاً للثالثة فحصل الجمع فبانتا، وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسألة التي تليها وهي ما إذا تزوج صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة؛

أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه، لأن الصغيرة صارت بنتاً لها، والجمع بين الأم والبنت من الرضاع نكاحاً حرام كما يحرم من النسب، ثم إن كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج واحدة منهما أبداً كما في النسب، وإن كان قبل أن يدخل بالكبيرة جاز له أن يتزوج الصغيرة لأنها ربيبته من الرضاع لم يدخل بأمها فلا يحرم عليه نكاحها كما في النسب لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبداً لأنها أم منكوحته من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم يدخل بها كما في النسب.

و أما حكم المهر فأما الكبيرة فإن كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد، لأن المهر قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقة لها، لأن السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقاً لها بطريقة الصلة، وبالإرضاع خرجت عن استحقاق الصلة، فإن كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد، لأن الأصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر، لأن المبدل يعود سليماً إلى المرأة، وسلامة المبدل لأحد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للآخر لئلا يجتمع المبدل والبدل في ملك واحد في عقد المبادلة، كان ينبغي أن لا يجب على الزوج شيء سواء كانت الفرقة بغير طلاق أو بطلاق، إلا أن الشرع أوجب عليه في الطلاق قبل الدخول مالاً مقدراً بنصف المهر المسمى ابتداء بطريق المتعة صلة لها تطييباً لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها، فإذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيئاً، وأما الصغيرة: فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء.

وقال مالك: لا شيء/ لها. [أ/١٣٥/ج]

وجه قوله: أن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارتضاعها لأنه بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة. وإنما الموجود من المرضعة التمكين من ارتضاعها بإلقامها ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شيء.

ولا يجب على الزوج للمرضعة شيء أيضاً.

ولنا: ما ذكرنا أن الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا، وإنما يجب نصف المهر مقدراً بالمسمى ابتداءً صلة للمرأة نظراً لها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر،

لأن فعلها لا يوصف بالخطر وليست هي من أهل الرضا لنجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة لأن إقدامها على الإرضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهي من أهل الرضا وإرضاعها جناية فلا تستحق النظر بإيجاب نصف المهر لها ابتداء إذ الجاني لا يستحق النظر على جنايته بل يستحق الزجر، وذلك بالحرمان لئلا يفعل مثله في المستقبل فلا يجب لها شيء، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد، لأن فعلها جناية في الحالين ويرجع الزوج بما أدى على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد، وإن كانت لم تتعمد لم يرجع عليها، كذا ذكر المشايخ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وروي عن محمد: أنّ له أن يرجع عليها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد، وهو قول زفر وبشر المريسي والشافعي[1].

وجه قولهم: أن هذا ضمان الإتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ، والدليل على أن هذا ضمان الإتلاف أن الفرقة حصلت من قبلها بإرضاعها ولهذا لم تستحق المهر أصلاً ورأساً، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد، وإذا كان حصول الفرقة من قبلها بإرضاعها صارت بالإرضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج، لأنه كان محتملاً للسقوط بردتها أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبيلها إذا كبرت، فهي بالإرضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يتحمل السقوط فصارت متلفة عليه ماله فتضمن. وجه قول محمد أنها وإن تعمدت الفساد فهي صاحبة شرط في ثبوت الفرقة، لأن علة الفرقة هي الارتضاع للصغيرة لما بينا، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط، على أن إرضاعها إن كان سبب الفرقة، فهو سبب محض لأنه طرأ عليه فعل اختياري وهو ارتضاع الصغيرة، والسبب إذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سبباً محضاً، والسبب المحض لا حكم له، وإن كان صاحب السبب متعمداً في مباشرة السبب، كفتح باب الإصطبل والقفص حتى خرجت الدابة وضلت، أو طار الطير وضاع، ولأن الضمان لو وجب عليها إما أن يجب بإتلاف ملك النكاح أو بإتلاف الصداق أو بتأكيد نصفه على الزوج، لا وجه للأول لأن ملك النكاح غير مضمون بالإتلاف على أصلنا ولا وجه للثاني لأنها ما أتلفت الصداق، بل أسقطت نصفه الباقي بقي واجباً بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لأن التأكيد لا يماثل التفويت فلا يكون اعتداء بالمثل، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الكبيرة وإن كانت محصلة شرط الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الأصل أن الشرط مع العلة إذا اشتركا في الحظر والإباحة، أي في سبب المؤاخذة وعدمه، فإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط.

فأما إذا كان الشرط محظوراً والعلة غير موصوفة بالحظر، فإضافة الحكم إلى الشرط أولى من إضافته إلى العلة كما في حق البئر على قارعة الطريق، فالكبيرة إذا لم تكن تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة في عدم الحظر، فكانت الفرقة مضافة إلى العلة وهي ارتضاعها، وإن كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظوراً وهو إرضاع الكبيرة، والعلة غير موصوفة بالحظر وهي ارتضاع الصغيرة فكان إضافة الحكم إلى الشرط أولى.

وإذا أضيفت الفرقة إلى الكبيرة عند تعمدها الفساد ووجب نصف المهر للصغيرة على الزوج ابتداء

---

(١) انظر «الأم» (٥/ ٣٢).

ملازماً للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها كأنها علة لوجوبه لا أنه بقي النصف بعد الفرقة واجباً بالنكاح السابق، لأن ذلك قول بتخصيص العلة لأنه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطة لكله وأنه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من / المال على الزوج إذ الأداء مبني على الوجوب فيثبت له حق الرجوع [ب/١٣٥/ج] عليها، ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بالإجماع، بخلاف ما إذا لم تتعمد الفساد، لأن عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة إلى فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا يرجع عليها.

وأما مسألة فتح باب الإصطبل والقفص فكما يلزمهما يلزم محمداً لأن عنده يضمن الفاتح وإن اعترض على الفتح فعل اختياري فقد خرج الجواب عن الباقي فافهم.

ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة أشياء: بعلمها بنكاح الصغيرة وعلمها بفساد النكاح بإرضاعها وعدم الضرورة وهي ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لو لم ترضعها، والقول قولها في أنها لم تتعمد الفساد مع يمينها، لأن الزوج بدعوى تعمد الفساد يدعي عليها الضمان وهي تنكر فكان القول قولها.

وعلى هذا حكم المهر والرجوع في المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتهما الكبيرة؛ فإن أرضعتهما معاً حرمن عليه لأنهما جميعاً صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعاً بينهن نكاحاً فحرمن عليه ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبداً سواء كان دخل بها أو لم يدخل بها لأنها أم منكوحته فتحرم بنفس العقد على البنت ولا يجوز له أن يجمع بين الصغيرتين نكاحاً أبداً لأنهما صارتا أختين من الرضاع، ويجوز أن يتزوج بإحداهما إن كان لم يدخل بالكبيرة لأنها ربيبته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الأم كما في النسب، وإن كان قد دخل بها لا يجوز كما في النسب، وإن أرضعتهما على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الأولى؛ لأنها لما أرضعت الأولى صارت بنتاً لها فجعل الجمع بين الأم والبنت فبانتا منه.

وأما الصغيرة الثانية فإنما أرضعتها بعدما بانت الكبيرة فلم يصر جامعاً لكنها ربيبته من الرضاع: فإن كان قد دخل بأمها تحرم عليه وإلا فلا، ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا.

ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فأرضعتهن على التعاقب واحدة بعد أخرى حرمن عليه جميعاً، لأنها لما أرضعت الأولى صارت بنتاً لها فحصل الجمع بين الأم والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الأولى مبانتان فلا يحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر إن كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال لأنها ربيبته وقد دخل بأمها، وإن كان لم يدخل بأمها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة، فإذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه، لأنهما صارتا أختين، والحكم في تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج إحدى الصغائر ما ذكرنا.

ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان إلى إحدى الصغيرتين فأرضعتاها إحداهما بعد أخرى، ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى، والصغيرة الثانية امرأته لأنهما

لما أرضعتا الصغيرة الأولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعاً بينهن فحرمْنَ عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة فلم يصر جامعاً فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنة منكوحة كانت له، فإن كان لم يدخل بها لا تحرم عليه، وإن كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال، والأمر في جواز نكاح الصغيرة الأولى على التفصيل الذي مر.

ولو كانت إحدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الأخرى ثم أرضعت الكبيرة الأخرى الصغيرتين واحدة بعد الأخرى ينظر إن كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتي بدأت بها الكبيرة الأولى بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى، والصغيرة الأخرى امرأته وإن كانت بدأت بالتي لم تبدأ بها الأولى حرمن عليه جميعاً وإنما كان كذلك لأن الكبيرة الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى فقد صارت بنتها فحصل الجمع بين الأم والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الأخرى أرضعتها وهي أجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الأخرى ربيبته، فإن كان لم يدخل بأمها لا تحرم، وإن كان قد دخل بها تحرم فلما جاءت الكبيرة الأخيرة فأرضعت الصغيرة الأولى فقد صارت أم منكوحته فحرمت عليه فلما أرضعت الصغيرة الأخرى فقد أرضعتها وهي أجنبية فصارت ربيبته فلا تحرم إذا كان لم يدخل بأمها، وإن كان قد دخل بأمها/ [١٣٦/أ/ج] تحرم، وإذا كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتي لم تبدأ بها الكبيرة الأولى فقد صارت بنتاً لها فصار جامعها مع أمها فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة الأولى مع الصغيرة الأولى فحرمْنَ جميعاً.

ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا لأنهما صارتا أختين، وكذا إذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لأنها صارت بنت أخت امرأته، والجمع بين المرأة وبين بنت أختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب، ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن لأنها صارت بنت عمة امرأته أو بنت خالتها، ويجوز للإنسان أن يجمع بين امرأة وبين بنت عمتها أو بنت خالتها في النسب فكذا في الرضاع.

ولو طلق رجل امرأته ثلاثاً ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة بانت الصغيرة لأنها صارت بنتاً له فحصل الجمع في حال العدة، والجمع في حال قيام العدة كالجمع في حال قيام النكاح. ولو زوج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن فارتدت وبانت من الصبي ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت منه ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها حرمت على زوجها الثاني، كذا روى بشر بن الوليد عن محمد، لأن ذلك الصبي صار ابناً لزوجها فصارت هي منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه.

ولو زوج رجل أم ولده مملوكاً له صغيراً فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها، لأن الزوج صار ابناً لزوجها فصارت هي موطوءة أبيه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين لأنها منكوحة ابنه، ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لأنها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت، والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما يثبت به الرضاع، أي يظهر به، فالرضاع يظهر بأحد أمرين:

أحدهما: الإقرار.

والثاني: البينة.

أما الإقرار: فهو أن يقول لامرأة تزوجها: هي أختي من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصبر عليه فيفرق بينهما لأنه أقر ببطلان ما يملك إبطاله للحال فيصدق فيه على نفسه، وإذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون في إبقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما، سواء صدقته أو كذبته، لأن الحرمة ثابتة في زعمه، ثم إن كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر إن كذّبته، لأن الزوج مصدق على نفسه لا عليها بإبطال حقها في المهر، وإن كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لأنه غير مصدق بإبطال حقها، فإن أقر بذلك ثم قال: أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا.

وقال مالك والشافعي[1]: يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره.

وجه قولهما: أنه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بأن قال لامرأته كنت طلقتك ثلاثاً ثم قال وهمت، والدليل عليه أنه لو قال لأمته هذه امرأتي أو أمي أو أختي أو ابنتي، ثم قال أوهمت إنه لا يصدق وتعتق، كذا ههنا.

ولنا: أن الإقرار إخبار، فقوله هذه أختي إخبار منه أنها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأبيد. فإذا قال أوهمت صار كأنه قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المرأة، ولو قال ذلك يقران على النكاح، كذا هذا بخلاف الطلاق لأن قوله كنت طلقتك ثلاثاً إقرار منه بإنشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق إنشاء الطلاق إلا بعد صحة النكاح، فإذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لأمته هذه أمي أو ابنتي لأن ذلك لا يقتضي نفي الملك في الأصل ألا ترى أنها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا اللفظ منه إنشاء العتق عليها، فإذا قال أوهمت لا يصدق، كما لو قال هذه حرة ثم قال أوهمت.

وكذلك إذا أقرّ الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه أختي من الرضاع أو أمي أو ابنتي وأصر على ذلك وداوم عليه لا يجوز له أن يتزوجها، ولو تزوجها يفرق بينهما. ولو قال وَهِمْتُ أو غلطت جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا، ولو جحد الإقرار فشهد شاهدان على إقراره فرق بينهما.

وكذلك إذا أقر بالنسب فقال هذه أمي من النسب أو بنتي أو أختي وليس لها نسب معروف وإنها تصلح بنتاً له أو أماً له فإنه يسئل مرة/ [ب/١٣٦/ج] أخرى فإن أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب بإقراره مع إصراره عليه. وإن قال وَهِمْتُ أو أخطأت أو غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا، وإن كان لها نسب معروف أو لا تصلح أماً أو بنتاً له لا يفرق بينهما وإن دام على ذلك لأنه كاذب في إقراره بيقين والله أعلم.

وأما البينة: فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن، وهذا عندنا. وقال الشافعي يقبل فيه شهادة أربع نسوة وجه قوله أن الشهادة على

---

(١) انظر «المنهاج» صفحة (١١٧).

الرضاع شهادة على عورة، إذ لا يمكن تحمل الشهادة إلا بعد النظر إلى الثدي وأنه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة.

ولنا: ما روى محمد عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا يُقْبَلُ عَلى الرَّضَاعِ أقل مِنْ شَاهِدَين»[1]، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد فيكون إجماعاً، ولأن هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال، وإنما قلنا ذلك لأن الرضاع مما يطلع عليه الرجال. أما ثدي الأمة فلأنه يجوز للأجانب النظر إليه، وأما ثدي الحرة فيجوز لمحارمها النظر إليه، فثبت أن هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد، لأن قبول شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة، وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به، فإذا جاز الاطلاع عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة، بخلاف الولادة فإنه لا يجوز لأحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة إلى القبول.

وإذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج أن يفارقها لما روي عن محمد أن عقبة بن الحرث قال: تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت: إني أرضعتكما، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال ﷺ: «فارقها» فقلت: «إنها امرأة سوداء وإنها كيت وكيت»، فقال ﷺ: «**كيف وقد قيل**».

وفي بعض الروايات قال عقبة: «**فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأعرض، ثم ذكرته فأعرض، حتى قال: في الثالثة أو الرابعة فَدَعْها إذاً**»[2].

وقوله: فارقها أو فدعها إذاً، ندب إلى الأفضل والأولى، ألا ترى أنه ﷺ لم يفرق بينهما بل أعرض، ولو كان التفريق واجباً لما أعرض، فدل قوله ﷺ: «**فارقها**» على بقاء النكاح. وروي أن «رجلاً تزوج امرأة، فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتهما، فسأل الرجل علياً رضي الله عنه فقال: هي امرأتك ليسَ أحدٌ يحرمها عليكَ، فإنْ تنزهتَ فهو أفضلُ»[3] وسأل ابن عباس رضي الله عنهما فقال له مثل ذلك، ولأنه يحتمل أن تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة، فإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح، لاحتمال كذبها في الشهادة، والأفضل لها أن لا تأخذ شيئاً منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وإن كان بعد الدخول فالأفضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى، لاحتمال جواز النكاح، والأفضل لها أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد، وإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها، لأن النكاح قائم في الحكم. وكذا إذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا.

وإذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لأنه تبين أن النكاح كان فاسداً، وإن كان بعد الدخول بها يجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى في سائر الأنكحة الفاسدة، والله عز وجل أعلم.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن» (٧/ ٤٦٣).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب النكاح باب شهادة المرضعة (٥١٠٤).

(٣) أخرج البيهقي مثله في «السنن الكبرى» لكن عن عمر رضي الله عنه (٧/ ٤٦٣).

كتاب النفقة

النفقة أنواع أربعة: نفقة الزوجات، ونفقة الأقارب، ونفقة الرقيق، ونفقة البهائم والجمادات.

أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع: في بيان وجوبها، وفي بيان سبب الوجوب، وفي بيان شرائط الوجوب، وفي بيان مقدار الواجب منها، وفي بيان كيفية وجوبها وبيان سبب الوجوب، وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها ديناً في الذمة.

أما وجوبها: فقد دل عليه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب العزيز: فقوله عز وجل: ﴿أَسْكنوهُنَّ مِنْ حيثُ سَكنتُمْ منْ وُجْدِكُم﴾[١] أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة، والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، / لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج [١٣٧/أ/ج] والاكتساب، وفي حرف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: (أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سكنتُم وأنفقوا عليهنَّ مِنْ وُجْدِكُم)[٢] وهو نص وقوله عز وجل: ﴿ولا تُضَارّوهُنَّ لتضيّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[٣] أي لا تضارّوهن في الإنفاق عليهنّ فتضيقوا عليهنّ النفقة فيخرجن، أو لا تضاروهنّ في المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن.

وقوله عز وجل: ﴿وإنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فأنفقُوا عليهنَّ حتّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٤] وقوله عز وجل: ﴿وَعَلى المَوْلُودِ لَهُ رزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بالمعرُوف﴾[٥] وقوله عز وجل: ﴿لِينْفِقْ ذُو سَعَةٍ منْ سَعَتِهِ ومَنْ قُدِرَ عليهِ رزْقُه فليُنفِقْ ممّا آتاهُ اللَّهُ﴾[٦] وقوله عز وجل: ﴿ولَهُنَّ مِثْلُ الّذي عليهِنَّ بالمعرُوفِ﴾[٧] قيل هو المهر والنفقة.

وأما السنة: فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اتّقوا اللَّهَ فِي النّساء فإنهنَّ عندكم عوارٍ لا يملكْنَ لأنفسهنَّ شيئاً وإنما أخذتموهُنَّ بأمانة الله واستحللتُم فروجهنَّ بكلمَة الله، لكم عليهنَّ حقٌّ أن لا يوطئن فرشَكم أحداً ولا يأذنّ في بيوتكم لأحدٍ تكرهونه، فإن خفتُم نشوزهنَّ فعظوهنَّ واهجروهنّ في المضاجع واضربوهنَّ

(١) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٣) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٤) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٦) سورة الطلاق، الآية: (٧).
(٧) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

ضرباً غيرَ مبرّح ولهن عليكم كسوتهنّ ورزقهنّ بالمعروف ثم قال ثلاثاً: ألا هَلْ بَلّغتُ»[1] ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسيراً لما أجمل الحق في قوله: ﴿ولهنَّ مثلُ الذي عليهنَّ بالمعروف﴾[2] فكان الحديث مبيناً لما في الكتاب أصله.

وروي «أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: ما حق المرأة على الزوج؟ فقال ﷺ: يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا كسى، وأن لا يهجرها إلا في المبيت، ولا يضربُها ولا يقبّح»[3] وقال النبي ﷺ: «لهند امرأة أبي سفيان: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروفِ»[4] ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ من غير إذنه.

وأما الإجماع: فلأن الأمة أجمعت على هذا.

وأما المعقول: فهو أنّ المرأة محبوسةٌ بحبس النكاح حقاً للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكانت كفايتها عليه، كقوله ﷺ: «الخَرَاجُ بالضّمَان»[5] ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه، فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت، ولهذا جُعل للقاضي رزقٌ في بيت مال المسلمين لحقهم، لأنه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال، كذا ههنا.

فصل: وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه، قال أصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها، وقال الشافعي السبب هو الزوجية، وهو كونها زوجة له، وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها، وربما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى: ﴿الرّجالُ قوّامُونَ على النّساء بما فضَّل اللّهُ بعضَهم عَلى بعضٍ وبما أنفقُوا مِنْ أمْوَالِهِم﴾[6] أوجب النفقة عليهم لكونهم قوّامين والقوامية تثبت بالنكاح، فكان سبب وجوب النفقة النكاح، لأن الإنفاق على المملوك من باب إصلاح الملك واستبقائه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك.

ولنا: أن حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثّر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا، فأما الملك فلا أثر له لأنه قد قوبل بعوضٍ مرة وهو المهر فلا يقابل بعوضٍ آخر، إذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين، ولا حجة له في الآية لأن فيها إثبات القوامية بسبب النفقة لا إيجاب النفقة بسبب القوامية، وعلى

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٢٠) من «المسند» وأبو داود في «سننه» برقم (١٩٠٧).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/٤٤٦، ٤٤٧) وأبو داود في «السنن» كتاب النكاح باب في حق المرأة على زوجها برقم (٢١٤٢)، وابن ماجه في «السنن» كتاب النكاح باب حق المرأة على الزوج (١٨٥٠) وهو في «تحفة الأشراف» برقم (١١٣٩٦).

(٤) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل.. برقم (٥٣٦٤)، ومسلم في «الصحيح» كتاب الأقضية باب قضية هند برقم (١٧١٤).

(٥) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٤٩، ٨٠، ١١٦)، وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣٥٠٨، ٣٥١٠)، والترمذي في «جامعه» كتاب البيوع باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً رقم (١٢٨٥، ١٢٨٦).

(٦) سورة النساء، الآية: (٣٤).

هذا الأصل يبنىٰ أنه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح، لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد، وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقةً، وكذا في عدة منه إن ثبت حق الحبس لأنه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه، وإنما يثبت لتحصين الماء، ولأن حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح، فلما لم تجب في النكاح فلأن لا تجب في العدة أولى، وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح، لأن النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى لأن حقّ الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع، وتأكّد السبب يوجب تأكّد الحكم، فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى، سواء كانت العدة عن فرقة بطلاق أو عن فرقة بغير طلاق، وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة، إلا إذا كانت من قبلها بسبب محظور استحساناً.

وشرح هذه الجملة أن الفرقة إذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكن، / سواء كان الطلاق [ب/١٣٧/ج] رجعياً أو بائناً، وسواء كانت حاملاً أو حائلاً بعد أن كانت مدخولاً بها عندنا لقيام حق حبس النكاح، وعند الشافعي إن كانت مطلَّقة طلاقاً رجعياً أو بائناً وهي حامل فكذلك.

فأما المبتوتة إذا كانت حاملاً فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى، إلا أنه ترك القياس في السكنى بالنص، وعند ابن أبـي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها، والمسألة ذكرت في كتاب الطلاق وفي بيان أحكام العدة، وسواء كان الطلاق ببدل أو بغير بدل وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا.

ولو خالعها على أن يبرأ من النفقة والسكنى، يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى، لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لأن النفقة حقها على الخلوص وكذا مؤنة السكنى فتملك الإبراء عن حقها، فأما السكنى ففيها حق الله عز وجل فلا تملك المعتدة إسقاطه، ولو أبرأته عن النفقة من غير قطع لا يصح الإبراء، لأن الإبراء إسقاط الواجب فيستدعي تقدم الوجوب والنفقة تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان فكان الإبراء إسقاطاً قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما إذا اختلعت نفسها على نفقتها لما ذكرناه في الخلع، ولأنها جعلت الإبراء عن النفقة عوضاً عن نفسها في العقد، ولا يصح ذلك إلا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضَى الخلع باصطلاحهما، كما لو اصطلحا على النفقة إنها تجب وتصير ديْناً في الذمة كذا هذا.

وكذلك الفرقة بغير طلاق إذا كانت من قبله فلها النفقة والسكنى، سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ أو بسبب محظور كالردة ووطء أمها أو ابنتها أو تقبيلهما بشهوة بعد أن يكون بعد الدخول بها لقيام السبب، وهو حق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح، وإذا كانت من قبل المرأة فإن كانت بسبب مباح كخيار الإدراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى، وإن كانت بسبب محظور بأن ارتدت أو طاوعت ابنَ زوجها أو أباه أو لمسته بشهوةٍ فلا نفقة لها استحساناً ولها السكنى وإن كانت مستكرهة، والقياس أن يكون لها النفقة والسكنى في ذلك كله.

وجه القياس: أن حقّ الحبس قائم وتستحق النفقة، كما إذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح، وكما إذا

كانت الفرقة من قبل الزوج بسبب مباح أو محظور وللاستحسان وجهان:

أحدهما: أن حقّ الحبس قد بطل بردتها، ألا ترى أنها تحبس بعد الردة جبراً لها على الإسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة، بخلاف ما إذا كانت الفرقة بسببٍ مباحٍ لأن هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة، وكذا إذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية. لأنها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة، لكن هذا يشكل بما إذا طاوعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة إنها لا تستحق النفقة، وإن بقي حبس النكاح ما دامت العدة قائمة، ولا إشكال في الحقيقة لأن هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق، وهو أن لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب، وهو حبس النكاح فاندفع الإشكال بحمد الله تعالى.

والثاني: أن حبس النكاح إنما أوجب النفقة عليه صلةً لها فإذا وقعت الفرقة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة، إذ الجاني لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر، وذلك في الحرمان لا في الاستحقاق، كمن قتل مورثه بغير حق إنه يحرم الميراث لما قلنا، كذا هذا، بخلاف ما إذا كانت مستكرهة على الوطء، لأن فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة، وكذا إذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج، لأن النفقة حقها قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذي هو معصية في إسقاط حق الغير، فهو الفرق بين الفصلين، وإنما لم تحرم السكنى بفعلها الذي هو معصية لما قلنا إن في السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد، ولو ارتدت في النكاح حتى حرمت النفقة ثم أسلمت في العدة لا تستحق النفقة، ولو ارتدت في العدة ثم أسلمت وهي في العدة تعود النفقة.

ووجه الفرق: أن النفقة في الفصل الثاني بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة، ثم امتنع وجوبها من بعد تعارض الردة، فإذا عادت إلى الإسلام فقد زال العارض فتعود النفقة وأما في الفصل الأول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة/ [أ/١٣٨/ج] في حق حبس النكاح، لأن الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه.

والأصل في هذا أن كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت في العدة لعارض منها ثم زال العارض في العدة تعود نفقتها، وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة في العدة، وإن زال سبب الفرقة في العدة بخلاف ما إذا نشزت ثم عادت إنها تستحق النفقة، لأن النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح، وإنما فوت التسليم المستحق بالعقد، فإذا عادت فقد سلمت نفسها فاستحقت النفقة.

ولو طاوعت ابن زوجها أو أباه في العدة أو لمسته بشهوة، فإن كانت معتدة من طلاق وهو رجعي فلا نفقة لها لأن الفرقة ما وقعت بالطلاق وإنما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور، وإن كان الطلاق بائناً أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما إذا ارتدت في العدة أنه لا نفقة لها إلى أن تعود إلى الإسلام وهي في العدة، لأن حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطاوعة والمس.

ولو ارتدت في العدة ولحقت بدار الحرب، ثم عادت وأسلمت، أو سبيت وأعتقت أو لم تعتق فلا نفقة

لها، لأن العدة قد بطلت باللحاق بدار الحرب، لأن الردة مع اللحاق بمنزلة الموت.

ولو طلق امرأته وهي أمة طلاقاً بائناً وقد كان المولى بوأها مع زوجها بيتاً حتى وجبت النفقة ثم أخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم أراد أن يعيدها إلى الزوج ويأخذ النفقة كان له ذلك، وإن لم يكن بوأها المولى بيتاً حتى طلقها الزوج ثم أراد أن يبوئها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فإنها لا تجب. وجه الفرق أن النفقة كانت واجبة في الفصل الأول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشرطه وهو التسليم، إلا أنه لما أخرجها إلى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقاً له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقاً له فإذا أعادها إلى الزوج عاد حقه فيغود حق المولى في النفقة.

فأما في الفصل الثاني فالنفقة ما كانت واجبة في العدة لانعدام سبب الوجوب أو شرط الوجوب وهو التسليم. فهو بالبينونة يريد إلزام الزوج النفقة ابتداء في العدة فلا يملك ذلك.

والأصل في ذلك: أن كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت إلى حال لا نفقة لها فيها فلها أن تعود وتأخذ النفقة، وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبداً إلا الناشزة، وتفسير ذلك، والوجه فيه ما ذكرنا. ويستوي في نفقة المعتدة عدة الأقراء وعدة الأشهر وعدة الحمل لاستواء الكل في سبب الاستحقاق، فينفق عليها ما دامت في العدة.

وإن تطاولت المدة لعذر الحبل أو لعذر آخر ويكون القول في ذلك قولها، لأن ذلك أمر يعرف من قبلها، حتى لو ادعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها، لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين، فإن مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت أتوهم أني حامل ولم أحض إلى هذه الغاية وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر، وقال الزوج إنك ادعيت الحمل فإنما تجب عليَّ النفقة لعلة الحمل، وأكثر مدة الحمل سنتان، وقد مضى ذلك فلا نفقة علي. فإن القاضي لا يلتفت إلى قوله ويلزمه النفقة إلى أن تنقضي عدتها بالأقراء وتدخل في عدة الإياس، لأن أحد العذرين إن بطل وهو عذر الحمل فقد بقي الآخر وهو عذر امتداد الطهر، إذ الممتد طهرها من ذوات الأقراء، وهي مصدَّقة في ذلك، فإن لم تحض حتى دخلت في حد الإياس أنفق عليها ثلاثة أشهر، فإن حاضت في الأشهر الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لأنها معتدة. وكذلك لو كانت صغيرة يجامع مثلها فطلقها بعدما دخل بها أنفق عليها ثلاثة أشهر فإن حاضت في الأشهر الثلاثة واستقبلت عدة الأقراء أنفق عليها حتى تنقضي عدتها لما قلنا.

وإن طالبتـه امرأة بالنفقة وقدمته إلى القاضي فقال الرجل للقاضي قد كنت طلقتها منذ سنة وقد انقضت عدتها في هذه المدة وجحدت المرأة للطلاق فإن القاضي لا يقبل قول الزوج أنه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند القاضي لأنه يصدق في حق نفسه لا في إبطال حق الغير، فإن أقام شاهدين على أنه طلقها منذ سنة والقاضي لا يعرفهما أمره القاضي بالنفقة وفرض لها عليه النفقة، لأن الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد.

فإن أقام بينة عادلة أو أقرت هي أنها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة فلا نفقة لها على/ الزوج [ب/١٣٨/ج] وإن كانت أخذت منه شيئاً ترده عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضاء العدة.

وإن قالت: لم أحض في هذه السنة فالقول قولها، ولها النفقة، لأن القول في انقضاء العدة قولها. فإن قال الزوج: قد أخبرتني أن عدتها قد انقضت لم يقبل قوله في إبطال نفقتها لأنه غير مصدق عليها في إبطال حقها.

ولو طلق امرأته ثلاثاً أو بائناً فامتدت عدتها إلى سنتين ثم ولدت لأكثر من سنتين وقد كان الزوج أعطاها النفقة إلى وقت الولادة فإنه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة وعند أبي يوسف لا يسترد شيئاً من النفقة، وكذلك إذا طلق امرأته في حال المرض فامتد مرضه إلى سنتين وامتدت عدتها إلى سنتين، ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاها النفقة إلى وقت الوفاة، فإنها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: ترث ولا يسترد شيئاً من النفقة، وقد مرت المسألتان في كتاب الطلاق. ولا نفقة في الفرقة قبل الدخول بأي سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح.

وأم الولد إذا أعتقها مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها، وإن كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج، لأن هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح، وإنما يثبت لتحصين الماء فأشبهت المعتدة من النكاح الفاسد، ولأن نفقتها قبل العتق إنما وجبت بملك اليمين لا بالاحتباس وقد زال بالإعتاق، ونفقة الزوجة إنما وجبت بالاحتباس وأنه قائم.

فصل: وأما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان:

أحدهما: يعم النوعين جميعاً، أعني نفقة النكاح ونفقة العدة.

والثاني: يخص أحدهما وهو نفقة العدة.

أما الأول: فتسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم، ونعني بالتسليم التخلية، وهي أن تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة إذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج، فإن لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها.

وعلى هذا تخرج مسائل: إذا تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها إلى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه، وكذلك إذا لم ينقلها وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنقلة فلها النفقة لأنه وجد سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على التفسير الذي ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع إمكان الاستيفاء فلا يبطل حقها في النفقة، فإن طالبها بالنقلة فامتنعت فإن كان امتناعها بحق بأن امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لأنه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنقلة بعدما أوفاها المهر إلى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة، لأن امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم فلم تمتنع من التسليم حال وجوب التسليم.

ولو كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز، فإن قالت: حوّلني إلى منزلك

أو إجّر لي منزلاً أنزله فإني أحتاج إلى منزلي هذا آخذ كراءه فلها النفقة لأن امتناعها عن التسليم في بيتها لغرض التحويل إلى منزله أو إلى منزل الكراء امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم، وإن كان بغير حق بأن كان الزوج قد أوفاها مهرها أو كان مؤجلاً فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة.

ولو منعت نفسها عن زوجها بعدما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها فلها النفقة عند أبي حنيفة لأنه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعاً بغير حق عندهما. ولو منعت نفسها عن زوجها بعدما دخل بها على كره منها فلها النفقة لأنها محقة في المنع، وإن كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالبالغة في النفقة، لأن المعنى الموجب للنفقة يجمعهما، وإن كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعي[1]: لها النفقة بناءً على أن سبب الوجوب عنده النكاح.

وشرطه: عدم النشوز وقد وجد أو شرط الوجوب عندنا تسليم النفس ولا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها لقيام المانع/ في نفسها من الوطء والاستمتاع لعدم قبول المحل [أ/١٣٩/ج] لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا يجب.

وقال أبو يوسف: إذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها إليه، فإن شاء ردها وإن شاء أمسكها، فإن أمسكها فلها النفقة، وإن ردها فلا نفقة لها، لأنها إذا لم تحتمل الوطء لم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من القبول، فإن أمسكها فلها النفقة لأنه حصل له منها نوع متعة وضرب من الاستمتاع، وقد رضي بالتسليم القاصر، وإن ردها فلا نفقة لها حتى يجيء حال يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذي أوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر.

وإن كان الزوج صغيراً والمرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على التفسير الذي ذكرنا، وإنما عجز الزوج عن القبض وأنه ليس بشرط لوجوب النفقة، وكذلك لو كان الزوج مجبوباً أو عنيناً أو محبوساً في دين أو مريضاً لا يقدر على الجماع أو خارجاً للحج فلها النفقة لما قلنا.

ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضاً يمنع من الجماع فنقلت وهي مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضاً، فإذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهي لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج، وإن كانت تمتنع فلا نفقة لها كالصحيحة. كذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا نفقة لها قبل النقلة، فإذا نقلت وهي مريضة فله أن يردها وجه رواية أبي يوسف أنه لم يوجد التسليم، إذا هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع، وهو تبوؤ المحل فلا تستحق النفقة كالصغيرة التي لا تحتمل الوطء، وإذا سلمت نفسها وهي مريضة له أن يردها، لأن التسليم الذي أوجبه العقد وهو التسليم الممكن من الوطء لما لم يوجد كان له أن لا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد، وهكذا قال أبو يوسف في الصغيرة التي لم يجامع مثلها أن له أن يردها لما قلنا.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٨).

وجه ظاهر الرواية: أن التسليم في حق التمكين من الوطء إن لم يوجد فقد وجد في حق التمكين من الاستمتاع، وهذا يكفي لوجوب النفقة كما في الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان. وإذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم رأساً فلا تستحق النفقة.

وقال أبو يوسف: إذا كانت المريضة تؤنسه، وينتفع بها في غير الجماع، فإن شاء ردها وإن شاء أمسكها، فإن أمسكها فلها النفقة وإن ردها فلا نفقة لها لما ذكرنا في الصغيرة، وإن نقلت وهي صحيحة ثم مرضت في بيت الزوج مرضاً لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لأن التسليم المطلق وهو التسليم الممكن من الوطء والاستمتاع قد حصل بالانتقال لأنها كانت صحيحة كذا الانتقال ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فأشبه الحيض، أو نقول التسليم المستحق بالعقد في حق المريضة التي لا تحتمل الجماع قبل الانتقال وبعده هو التسليم في حق الاستمتاع لا في حق الوطء كما في حق الحائض، وكذا إذا نقلها ثم ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبةً، أو كبرت فطعنت في السنّ حتى لا يستطيع زوجها جماعها، أو أصابها بلاء فلها النفقة لما قلنا، ولو حبست في دين ذكر في **«الجامع الكبير»** أن لا نفقة لها، ولم يفصل بين ما إذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده، وبين ما إذا كانت قادرة على التخلية أو لا، لأن حبس النكاح قد بطل بأعراض حبس الدين، لأن صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضاً بمعنى من قبلها وهو مطلها فصارت كالناشزة.

وذكر الكرخي: أنها إذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة، وإن كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها، وهذا تفسير ما أجمله محمد في الجامع، لأنها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج، وهذا تفسير التسليم، فإن لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها، وإن كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة، ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا في المريضة وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما إذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه، فإما إذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها، وهذا صحيح لأنها إذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كأنها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة، ولو فرض القاضي لها النفقة ثم أخذها/ [ب/١٣٩/ج] رجل كارهة فهرب بها شهراً أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لفوات التسليم لا لمعنىً من جهة الزوج.

وروي عن أبي يوسف: أن لها النفقة لأن الفوات ما جاء من قبلها، والرتقاء[١] والقرناء[٢] لهما النفقة بعد النقلة وقبلها إذا طلبتا ولم يظهر منهما الإمتاع في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فأما قبل الانتقال فلا نفقة لهما.

---

(١) الرتقاء: إذا لم يكن خَرْق إلا المبال انظر «المغرب» (١/ ٣٢٠).

(٢) القرناء: القرن في الفرج: مانع يمنع من سلوك الذكر فيه؛ إما غدّة غليظة أو لحمة مرتتقة أو عظم والقرناء ما كان بها ذلك انظر «المغرب» (٢/ ١٧٢ ـ ١٧٣).

وجه رواية أبـي يوسف: أن التسليم الذي أوجبه العقد لم يوجد في حقهما قبل الانتقال وبعده إلا أنه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضي بالتسليم القاصر كما قال في المريضة إلا أن ههنا قال: لا يجوز له أن يردهما، وقال في الصغيرة التي ينتفع بها في الخدمة والمريضة التي يستأنس بها إن له أن يردهما.

وجه ظاهر الرواية: أن العقد انعقد في حقهما موجباً تسليم مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطء، وهذا النوع من التسليم يكفي لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة مع ما أن التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة إزالة المانع من الرتق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ، ولو حجت المرأة حجة فريضة، فإن كان ذلك قبل النقلة، فإن حجت بلا محرم ولا زوج فهي ناشزة، وإن حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم جميعاً لأنها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وإن كانت انتقلت إلى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج، فقد قال أبو يوسف لها النفقة، وقال محمد: لا نفقة لها.

وجه قول محمد: أن التسليم قد فات بأمر من قبلها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشزة.

ولأبـي يوسف: أن التسليم المطلق قد حصل بالانتقال إلى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة كما لو انتقلت إلى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان أو نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لعذرٍ فلا تسقط النفقة كالمريضة ثم إذا وجبت لها النفقة على أصل أبـي يوسف يفرض لها القاضي نفقة الإقامة لا نفقة السفر، لأن الزوج لا يلزمه إلا نفقة الحضر، فأما زيادة المؤونة التي تحتاج إليها المرأة في السفر من الكراء ونحو ذلك فهي عليها لا عليه، لأنها لأداء الفرض والفرض عليها فكانت تلك المؤونة عليها لا عليه كما لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج، فإن جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج إقامةً لا تحتاج إليها سقطت نفقتها، لأنها غير معذورة في ذلك فصارت كالناشزة، فإن طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجيء لم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد، فإذا عادت أخذت ما بقي، لأن الواجب عليه لها نفقة الإقامة لا نفقة السفر، ونفقة الإقامة تفرض لها كل شهر فشهر وهذه الجملة لا تتفرع على أصل محمد، هذا إذا لم يخرج الزوج معها إلى الحج، فأما إذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود التسليم المطلق لإمكان الانتفاع بها وطأً واستمتاعاً في الطريق فصارت كالمقيمة في منزله.

ولو آلى منها أو ظاهر منها فلها النفقة، لأن حق الحبس قائم والتسليم موجود ولتمكنه من وطئها والاستمتاع بها بغير واسطة في الإيلاء وبواسطة تقديم الكفارة في الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فتجب.

ولو تزوج أخت امرأته أو عمتها أو خالتها ولم يعلم بذلك حتى دخل بها فرق بينهما ووجب عليه أن يعتزلها مدة عدة أختها فلامرأته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم، إلا أنه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول فأشبه الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لأختها وإن وجبت عليها العدة، لأنها معتدة من نكاح فاسد.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا تزوج حر أو عبد أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد أنه إن بوأها المولى تجب النفقة وإلا فلا، لأن سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوئة، لأن التبوئة هو أن يخلي المولى بينها وبين زوجها في منزل زوجها لا يستخدمها، فإذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة إليه ولا يجبر المولى على التبوئة، لأن خدمتها حق المولى فلا يجبر الإنسان على إيفاء حق نفسه لغيره، فإن بوأها المولى ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا أن خدمتها حق المولى، لأن منافع سائر الأعضاء بقيت على ملكه وإنما أعارها للزوج بالتبوئة، وللمعير أن يسترد عاريته، ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام/ [أ/١٤٠/ج] لفوات التسليم فيها من جهة المولى، ولو بوأها مولاها بيت الزوج فكانت تجيء في أوقات إلى مولاها فتخدمه من غير أن يستخدمها قالوا: لا تسقط نفقتها، لأن الاسترداد إنما يحصل بالاستخدام ولم يوجد، ولأن هذا القدر من الخدمة لا يقدح في التسليم كالحرة إذا خرجت إلى منزل أبيها، وإن كانت مكاتبة تزوجت بإذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط التبوئة، لأن خدمتها ليست حق المولى إذ لا حق للمولى في منافعها.

ألا ترى أنه ليس للمولى أن يستخدمها فكانت في منافعها كالحرة فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة، والعبد إذا تزوج بإذن المولى حرة أو أمة فهو في وجوب النفقة كالحر لاستوائهما في سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم، ولهذا استويا في وجوب المهر إلا أن الفرق بينهما أن النفقة إذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها إلا أن يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدأ بها قبل الغلة لمولاه، فإن كان المولى ضرب عليه ضريبة، فإن نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه، لأنها بالفرض صارت ديناً في رقبته حتى يباع بها فأشبه سائر الديون، بخلاف الغلة فإنها لا تجب للمولى على عبده دين في الحقيقة، فإن مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يؤخذ المولى بشيء لفوات محل التعليق فيبطل التعليق كالعبد المرهون إذا هلك يبطل الدين الذي تعلق به.

وكذلك إذا قتل العبد في ظاهر الرواية، وذكر الكرخي: أنه إذا قتل كانت النفقة في قيمته.

وجه ما ذكره الكرخي: أن القيمة قامت مقام العبد، لأنها بدله فتقوم مقامه كأنه هو كما في سائر الديون.

وجه ظاهر الرواية: أن القيمة إنما تقام مقام الرقبة في الديون المطلقة لا فيما يجري مجرى الصلات، والنفقة تجري مجرى الصلات على أصل أصحابنا لما نذكر إن شاء الله تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلات، ولهذا لو كان الزوج حراً فقتل خطأً سقطت عندنا ولا تقام الدية مقامه، فكذا إذا كان عبداً وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا، غير أن هؤلاء لا يباعون لأن ديونهم تتعلق بأكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفائها من رقابهم لأن الاستيفاء بالبيع، ورقابهم لا تحتمل البيع.

وأما المكاتب: فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن لقصور الاستيفاء من رقبته لاحتمال العجز، لأنه إذا عجز يعود قناً فيسعى فيها ما دام مكاتباً، فإذا قضي بعجزه وصار قناً يباع فيها إلا أن يفديه المولى كما في الكتابة.

وأما المعتق البعض: فهو عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب، إلا أنه لا يتصور فيه العجز والبيع في الدين فيسعى في نفقتها وعندهما هو حر عليه دين، ولا يجب على العبد نفقة ولده، سواء كان من امرأة حرة أو أمة، لأنه إن كان من حرة يكون حراً فلا يجب على العبد نفقة الحر وتكون على الأم نفقته إن كانت غنية، وإن كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة، وإن كان من أمة فيكون عبداً لمولاها فلا يلزم غيره نفقته. وكذلك الحر إذا تزوج أمة فولدت له أولاداً فنفقة الأولاد على مولى الأمة لأنهم مماليكه، والعبد والحر في ذلك سواء، وكذلك المدبرة وأم الولد في هذا كالأمة القنة لما قلنا.

وإن كان مولى الأمة في هذه المسائل فقيراً والزوج أب الولد غنياً لا يؤمر الأب بالنفقة على ولده، بل إما أن يبيعه مولاه أو ينفق عليه إن كان من أمة قنة، وإن كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الأب عليه ثم يرجع على المولى إذا أيسر لتعذر الجبر على البيع ههنا لعدم قبول المحل.

فإما إذا كانت مكاتبة فنفقة أولادها لا تجب على زوجها وإنما تجب على الأم المكاتبة، سواء كان الأب حراً أو عبداً، لأن ولد المكاتبة ملك المولى رقبة، وهو حق المكاتبة كسباً ألا ترى أنها تستعين بإكسابه في رقبتها وعتقها، وإذا كانت أكسابه حقاً لها كانت نفقته عليها، لأن نفقة الإنسان تتبع كسبه، قال النبي ﷺ: «**إنَّ أطيبَ مَا يَأكلُ الرجلُ مِنْ كَسبِهِ**»[1] وإن زوَّج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لأن البنت يجب لها على أبيها دين فيجوز أن يجب على عبد أبيها. وإن زوج أمته من عبده فنفقتهما جميعاً على المولى لأنهما جميعاً ملك المولى والله عز وجل أعلم.

والكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه، والذمي في وجوب النفقة عليه لزوجته التي ليست/ من محارمه كالمسلم لاستوائهما في سبب الوجوب [ب/١٤٠/ج] وشرطه، ولأن ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذمي في النفقة، ولقول النبي ﷺ: «**وإذَا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم مَا على المسلمين**»[2] وعلى المسلم نفقة زوجته فهكذا على الذمي.

وأما إذا كانت من محارمه فقد قال أبو حنيفة: إنها إذا طلبت النفقة فإن القاضي يقضي بالنفقة لها.

وعند أبي يوسف ومحمد وزفر والشافعي[3]: لا يقضي بناءً على أن هذا النكاح فاسد عندهم، وأما عند أبي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا أنه صحيح عندهم حتى قال:إنهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل أن يترافعا أو يسلم أحدهما.

وذكر الكرخي: أن هذا النكاح فاسد بالإجماع، وإنما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لأنهما يقران عليه مع فساده عنده، فإن أبا حنيفة قال: إني أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٣١، ٤٢، ١٢٧، ١٩٣)، وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب في الرجل يأكل من مال ولده برقم (٣٥٢٨) والنسائي في «المجتبى» كتاب البيوع باب الحق على الكسب (٧/ ٢٤١).
(٢) قال مخرجوا أحاديث الهداية: لم نجده.
(٣) انظر «الأم» (٥/ ٩٠).

جائزاً كان النكاح عندي أو باطلاً. ووجهه أنه لما أقره على نكاحها فقد ألحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح في حق وجوب النفقة، وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح في بعض الأحكام من النسب والعدة وغير ذلك، ويستوي في استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة النفقة على زوجها وإن كانت موسرة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه، ولأن هذه النفقة لها شبه بالأعواض فيستوي فيها الفقير والغني كنفقة القاضي والمضارب، بخلاف نفقة المحارم إنها لا تجب للغني، لأنها تجب صلة محضة لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة، وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي، لكنها لا تصير ديناً في الذمة إلا بقضاء أو رضا على ما نذكر إن شاء الله تعالى، بخلاف نفقة ذوي الأرحام فإنها لا تجب من غير قضاء القاضي، ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير قضاء القاضي، والفرق بين هذه الجملة يذكر في نفقة الأقارب إن شاء الله تعالى، ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز، والنشوز في النكاح أن تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بأن خرجت بغير إذنه وغابت أو سافرت فأما إذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة لأنها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهراً وغالباً فكان معنى التسليم حاصلاً، والنشوز في العدة أن تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى من قبلها، وقد روي أن فاطمة بنت قيس كانت تبذو على أحمائها، فنقلها النبي ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى، لأن الإخراج كان بمعنى من قبلها فصارت كأنها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها.

وأما الثاني[1]: وهو الشرط الذي يخص نفقة العدة فهو أن لا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحساناً، والقياس أنه ليس بشرط وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم، وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة لقوله تعالى: ﴿وعَلَى المولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوفِ﴾[2] وغير ذلك من النصوص التي ذكرناها فيما تقدم، ولأن سبب وجوبهما لا يختلف، وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر والمعسر، لأن دليل الوجوب لا يفصل والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله عز وجل: ﴿وأَسْكِنوهُنَّ مِنْ حيثُ سكَنْتُم من وُجْدكُم﴾[3] وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حيثُ سَكَنْتُم وأَنفِقُوا عليهنَّ مِنْ وُجدِكُم)[4] ولأنهما استويا في سبب الوجوب وشرطه، وهو ما ذكرنا، فيستويان في الوجوب، ويستوي في وجوبهما أصل الوجوب الموسر والمعسر، لأن دلائل الوجوب لا توجب الفصل، وإنما يختلفان في مقدار الواجب منهما، وسنبينه إن شاء الله تعالى في موضعه.

ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها أو مع أحمائها، كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك، عليه أن يسكنها في منزل مفرد لأنهن ربما يؤذينها ويضرون بها في المساكنة وإباؤها دليل الأذى والضرر، ولأنه يحتاج إلى أن يجامعها ويعاشرها في أي وقت يتفق، ولا يمكنه ذلك إذا كان معهما ثالث حتى

---

(١) من شروط وجوب النفقة.
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٣) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٤) سورة الطلاق، الآية: (٦).

لو كان في الدار بيوت ففرغ لها بيتاً وجعل لبيتها غلقاً على حدة، قالوا إنها ليس لها أن تطالبه ببيت آخر.

ولو كانت في منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت إلى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها سأل القاضي جيرانها، فإن أخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضي يؤدبه/ ويأمره بأن يحسن إليها ويأمر [١٤١/أ/ج] جيرانه أن يتفحصوا عنها. وإن لم يكن الجيران قوماً صالحين أمره القاضي أن يحولها إلى جيران صالحين، فإن أخبروا القاضي بخلاف ما قالت أقرها هناك ولم يحولها وللزوج أن يمنع أباها وأمها وولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها، لأن المنزل منزله فكان له أن يمنع من شاء وليس له أن يمنعهم من النظر إليها وكلامها خارج المنزل، لأن ذلك ليس بحق له إلا أن يكون في ذلك فتنة بأن يخاف عليها الفساد فله أن يمنعهم من ذلك أيضاً.

فصل: وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين، أحدهما: في بيان ما تقدر به هذه النفقة، والثاني: في بيان من تقدر به، أما الأول فقد اختلف العلماء فيه.

قال أصحابنا: هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها. وقال الشافعي مقدرة بنفسها على الموسر مدّان وعلى المتوسط مدّ ونصف وعلى المعسر نصف مدّ واحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَته﴾[1] أي قدر سعته، فدل أنها مقدرة، ولأنه إطعام واجب فيجب أن يكون مقدراً كالإطعام في الكفارات، ولأنها وجبت بدلاً لأنها تجب بمقابلة الملك عندي، ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن في البيع والمهر في النكاح.

ولنا قوله تعالى: ﴿وعلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوفِ﴾[2] مطلقاً عن التقدير فمن قدّر فقد خالف النص، ولأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب.

وروي أن هند امرأة أبي سفيان قالت: يا رسولَ اللَّهِ إنَّ أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ وأنه لا يعطيني ما يَكفيني وولدي، فقال ﷺ: «خُذي مِنْ مالِ أبي سفيان ما يكفيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ»[3] نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية، ولأنها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكَسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضي والمضارب.

وأما الآية فهي حجة عليه لأن فيها أمر الذي عنده السعة بالإنفاق على قدر السعة مطلقاً عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييداً لمطلق فلا يجوز إلا بدليل، وقوله إنه إطعام واجب يبطل بنفقة الأقارب فإنه إطعام واجب وهي غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية، والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقةً واجبةً بل لكونها عبادةً محضةً لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتتقدر بكفايتها كنفقة الأقارب.

(١) سورة الطلاق، الآية: (٧).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٣) تقدم تخريجه.

وأما قوله: إنها وجبت بدلاً ممنوع ولسنا نقول: إنها تجب بمقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس، ولا يجوز أن تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا وإذا كان وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والإدام والدهن لأن الخبز لا يؤكل عادةً إلا مأدوماً، والدهن لا بد منه للنساء، ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على أي سعر كانت لأن فيه إضراراً بأحد الزوجين إذ السعر قد يغلو وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الأسعار غلاءً ورخصاً رعاية للجانبين ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية لأنها كما تحتاج إلى الطعام والشراب تحتاج إلى اللباس لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والإعسار والشتاء والصيف على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

وذكر في كتاب النكاح أن المعسر يفرض عليه خمسة دراهم في الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار السعر في الوقت، ولو جاء الزوج بطعام يحتاج إلى الطبخ والخبز فأبت المرأة الطبخ والخبز يعني بأن تطبخ وتخبز لما روي أن رسول الله ﷺ قسم الأعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل أعمال الخارج على عليٍّ وأعمال الداخل على فاطمة رضي الله عنهما ولكنها لا تجبر على ذلك إن أبت ويؤمر الزوج أن يأتي لها بطعام مهيأ، ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز، ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك، لأنها لو أخذت الأجرة لأخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة فلا يحل لها الأخذ.

وذكر الفقيه أبو الليث: أن هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الأشراف، فأما إذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم بنفسها تجبر على ذلك، وإن كان لها خادم يجب لخادمها أيضاً النفقة والكسوة إذا كانت متفرغة/ [ب/١٤١/ج] لشغلها ولخدمتها لا شغل لها غيرها، لأن أمور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج إلى خادم ولا يجب عليه لأكثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجب لخادمين ولا يجب أكثر من ذلك، وروي عنه رواية أخرى أن المرأة إذا كانت يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج إلى أكثر من ذلك يجب لأكثر من ذلك بالمعروف، وبه أخذ الطحاوي.

وجه ظاهر قول أبي يوسف: أن خدمة امرأة لا تقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة إلى خادمين يكون أحدهما معيناً للآخر.

وجه قولهما: أن الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لا يلزمه نفقة خادم أصلاً وخادم واحد يقوم مقامه فلا يلزمه غيره، لأنه إذا قام مقامه صار كأنه خدم بنفسه، ولأن الخادم الواحد لا بد منه، والزيادة على ذلك ليس له حدّ معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من الثلاثة والأربعة فيقدر بالأقل وهو الواحد.

هذا إذا كان الزوج موسراً، فأما إذا كان معسراً، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس عليه نفقة خادم وإن كان لها خادم، وقال محمد: إن كان لها خادم فعليه نفقته وإلا فلا.

وجه قول محمد: أنه لما كان لها خادم علم أنها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها، وإن لم يكن لها خادم دل أنها راضية بالخدمة بنفسها فلا يجبر على اتخاذ خادم لم يكن.

وجه رواية الحسن: أن الواجب على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكفي المرأة بخدمة نفسها فلا يلزمه نفقة الخادم، وإن كان لها خادم، وأما الثاني وهو بيان من يقدر به هذه النفقة فقد اختلف فيه

أيضاً، ذكر الكرخي أن قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج في يساره وإعساره لا بحالها، وهو قول الشافعي[١] أيضاً.

وذكر الخصاف[٢]: أنه يعتبر بحالهما جميعاً حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فعليه نفقة الإعسار، وكذلك إذا كان الزوج معسراً والمرأة موسرة، ولا خلاف في هذه الجملة، فأما إذا كان الزوج موسراً والمرأة معسرة فعليه نفقة اليسار على ما ذكره الكرخي.

وعلى قول الخصاف: عليه أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطاً في اليسار يأكل خبز الحواري ولحم الجمل والدجاج والمرأة مفرطة في الفقر تأكل في بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله ولا يطعمها ما كانت تأكل في بيت أهلها أيضاً، ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة، وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار.

وجه قول الخصاف: أن في اعتبار حالتهما في تقدير النفقة والكسوة نظراً من الجانبين فكان أولى من اعتبار حال أحدهما، والصحيح ما ذكره الكرخي لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ومَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزقُهُ فَلْيُنفِقْ ممَّا آتاه اللَّهُ لا يكلِّفُ اللَّهُ نفساً إلاّ ما آتاها﴾[٣] وهذا نص في الباب.

وإذا عرف هذا فنقول: إذا كان الزوج معسراً ينفق عليها أدنى ما يكفيها من الطعام والإدام والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية، وإن كان متوسطاً ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف، وإن كان غنياً ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف، وإنما كانت النفقة والكسوة بالمعروف، لأن دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك في إيجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار وملحفة وسراويل أيضاً في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن إذا كان من الفقراء؛ واللين إذا كان من الأغنياء، والوسط إذا كان من الأوساط، وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان، إلا الخمار فإنه يفرض على الغني خمار حرير، وفي الشتاء يزاد على ذلك حشوياً وفروة بحسب اختلاف البلاد في الحر والبرد.

وأما نفقة الخادم: فقد قيل إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته، وهو أدنى الكفاية، وكذا الكسوة.

ولو اختلفا فقالت المرأة إنه موسر وعليه نفقة الموسرين، وقال الزوج: إني معسر وعليّ نفقة المعسرين

---

(١) انظر «الأم» (٥/٨٨).

(٢) الخصاف: أحمد بن عمرو وقيل عمرو بن مهير وقيل مهران، أبو بكر الخصاف الشيباني، حدث عن أبي عاصم النبيل، وأبي داود الطيالسي، ومسدد، وجماعة، وكان فاضلاً، قارضاً، حاسباً، عارفاً بالفقه، مقدّماً عند الخليفة المهتدي بالله فلما قتل المهتدي، نهب فذهب بعض كتبه، وكان رحمه الله يأكل من كسب يديه.
توفي سنة (٢٦١). انظر ترجمته في «تاج التراجم» صفحة (٩٧) ترجمة (١٨).
و «الفوائد البهية» (٢٥ ـ ٣٠) و «مفتاح السعادة» (٢/ ٢٧٦ ـ ٢٧٧) وغيرهم.

(٣) سورة الطلاق، الآية: (٧).

والقاضي لا يعلم بحاله ذكر في كتاب النكاح أن القول قول الزوج مع يمينه، وكذا ذكر القاضي والخصاف.

وذكر محمد في «الزيادات» أن القولَ قولُ المرأة مع يمينها، وأصل هذا أنه متى وقعَ الاختلاف بين الطالب/ وبين المطلوب في يسار المطلوب وإعساره في سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه: منهم من جعل [ج٢/١٤٢/أ] القول قول المطلوب مطلقاً، ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقاً، ومنهم من حكم فيه رأي المطلوب ومحمد فصل بين الأمرين فجعل القول قول الطالب في البعض، وقول المطلوب في البعض، وذكر في الفصل أصلاً يوجب أن يكون القول في النفقة قول المرأة، وكذا فصل الخصاف، لكنه ذكر أصلاً يقتضي أن يكون القول في النفقة قول الزوج، وبيان الأصلين وذكر الحجج يأتي في كتاب الحبس إن شاء الله تعالى.

فإن أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتُها، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينتها لأنها مثبتة، وبينة الزوج لا تثبت شيئاً، ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيدها في الفرض، لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والإعسار، وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فإنه يزيدها في الفرض. لأن الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر، ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج إليها ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضي الشهر، وكذا إذا كساها الزوج فضاعت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضي المدة التي أخذت لها الكسوة، بخلاف نفقة الأقارب، فإن هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى لتمام المدة التي أخذ لها الكسوة إذا حلف أنها ضاعت.

ووجه الفرق: أن تلك النفقة تجب للحاجة، ألا ترى أنها لا تجب إلا للمحتاج وقد تحققت الحاجة إلى نفقة أخرى وكسوة أخرى، ووجوب هذه النفقة ليس معلولاً بالحاجة بدليل أنها تجب للموسرة إلا أن لها شبهاً بالأعواض وقد جعلت عوضاً عن الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزمه عوضٌ آخر في هذه المدة، ولو فرض القاضي لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذي أخذت له، وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بأن أكلت من مال آخر أو لبست ثوباً آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الأقارب.

والفرق: ما ذكرنا أن نفقة الأقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضةً ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة، ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وإنما تجب جزاءً على الاحتباس، لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس، وقد جعلت عوضاً في هذه المدة وهي محتبسة بعد مضيّ هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوضٍ آخر، ولو نفدت نفقتها قبل مضي المدة التي لها أخذت أو تخرق الثوب فلا نفقَة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضي المدة، بخلاف نفقة الأقارب وكسوتهم، والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم.

فصل: وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها، قال أصحابنا: إنها تجب على وجهٍ لا يصير ديناً في ذمة الزوج إلا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين، فإن لم يوجد أحد هذين تسقط بمضي الزمان، وقال الشافعي[1]: إنها تصير ديناً في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه ولا تسقط بمضي الزمان؛ فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع: في بيان أن الفرض من القاضي أو التراضي هل هو

(١) انظر «الأم» (٥/ ٩٣).

شرط صيرورة هذه النفقة ديناً في ذمة الزوج أم لا وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج إذا كان شرطاً، وفي بيان حكم صيرورتها ديناً في ذمة الزوج.

أما الأول: فهو على الاختلاف الذي ذكرنا، احتج الشافعي بقوله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمعرُوف﴾[1] وعلى كلمة إيجاب، فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقاً عن الزمان.

وقوله عز وجل: ﴿لِيُنْفِقْ ذو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِه ومَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رزقُه فليُنفِقْ ممّا آتاهُ الله﴾[2] أمر تعالى بالإنفاق مطلقاً عن الوقت، ولأن النفقة قد وجبت، والأصل أن ما وجب على إنسان لا يسقط إلا بالإيصال أو بالإبراء كسائر الواجبات، ولأنها وجبت عوضاً لوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمهر.

والدليل عليه أن الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل الحبس والجبر.

ولنا: أن هذه النفقة تجري مجرى الصلة، وإن كانت تشبه الأعواض لكنها ليست بعوضٍ حقيقةً، لأنها لو كانت عوضاً حقيقة، فإما إن كانت عوضاً عن نفس المتعة وهي الاستمتاع، وإما إن كانت عوضاً عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها، لا سبيل إلى الأول لأن الزوج ملك/ متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفاً [ب/١٤٢/ج] في ملك نفسه باستيفاء منافعَ مملوكةٍ له ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره، ولا وجه للثاني لأن ملك المتعة قد قوبل بعوضٍ مرةً فلا يقابل بعوضٍ آخر فخلت النفقة عن معوّض فلا يكون عوضاً حقيقة بل كانت صلة، ولذلك سمّاها الله تعالى رزقاً بقوله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بالمعرُوف﴾[3] والرزق اسم للصلة كرزق القاضي، والصّلات لا تملك بأنفسها بل بقرينةٍ تنضم إليها وهي القبض كما في الهبة أو قضاء القاضي، لأن القاضي له ولاية الإلزام في الجملة أو التراضي، لأن ولاية الإنسان على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر، لأنه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضاً مطلقاً فلا يسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة، ولا حجة له في الآيتين، لأن فيهما وجوب النفقة لا بقاءَها واجبة، لأنهما لا يتعرضان للوقت، فلو ثبت البقاء إنما يثبت باستصحاب الحال وإنه لا يصلح لإلزام الخصم.

وأما قوله: إن الأصل فيما وجب على إنسانٍ لا يسقط إلا بالإيصال أو الإبراء فنقول: هذا حكم الواجب مطلقاً لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه أنه يسقط بمضي الزمان كنفقة الأقارب وأجرة المسكن، وقد خرج الجواب عن قوله إنها وجبت عوضاً.

وأما الجبر والحبس: فالصلة تحتمل ذلك في الجملة فإنه يجبر على نفقة الأقارب ويحبس بها، وإن كانت صلة، وكذا من أوصى بأن يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصي فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة في العبد يجبر عليه ويحبس بأنه وإن كانت الهبة صلة فدل أن الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٧).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).

وعلى هذا يخرج ما إذا استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضي فأنفقت أنها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة في الإنفاق سواء كان الزوج غائباً أو حاضراً، لأنها لم تصر ديناً في ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها ديناً في ذمته فكانت الاستدانة إلزام الدين الزوج بغير أمره وأمر مَنْ له ولاية الأمر فلم يصح، وكذا إذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا.

وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضي، والتراضي لا يصح الإبراء، لأنه إبراء عما ليس بواجب والإبراء إسقاط وإسقاط ما ليس بواجب ممتنع، وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضي ما يكفيها، فإن القاضي يفرض لها ما يكفيها، لأنها حطت ما ليس بواجب، والحط قبل الوجوب باطل كالإبراء والله أعلم.

وأما الثاني: فلوجوب الفرض على القاضي وجوازه منه شرطان:

أحدهما: طلب المرأة الفرض منه، لأنه إنما يفرض النفقة على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق.

والثاني: حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائباً فطلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وإن كان القاضي عالماً بالزوجية، وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول شريح، وقد كان أبو حنيفة أولاً يقول وهو قول إبراهيم النخعي إن هذا ليس بشرط ويفرض القاضي النفقة على الغائب، وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال لهند امرأة أبي سفيان: «**خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ ما يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمعرُوف**»[1] وذلك من النبي ﷺ كان فرضاً للنفقة على أبي سفيان وكان غائباً، وحجة القول الأخير أن الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه، وقد صح من أصلنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد.

وأما الحديث فلا حجة له فيه؛ لأن رسول الله ﷺ إنما قال لهند على سبيل الفتوى، لا على طريق القضاء بدليل أنه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبي سفيان، وفرض النفقة من القاضي تقديرها، فإذا لم تقدر لم تكن فرضاً فلم تكن قضاء، تحقيقه: أن من يجوِّز القضاء على الغائب قائماً يجوزه إذا كان غائباً غيبة سفر فأما إذا كان في المصر فإنه لا يجوز بالإجماع، لأنه لا يعد غائباً وأبو سفيان لم يكن مسافراً، فدل أن ذلك كان إعانة لا قضاء، فإن لم يكن القاضي عالماً بالزوجية فسألت القاضي أن يسمع بينتها بالزوجية ويفرض على الغائب، قال أبو يوسف: لا يسمعها ولا يفرض، وقال زفر يسمع ويفرض لها وتستدين عليه، فإذا حضر الزوج وأنكر يأمرها بإعادة البينة في وجهه، فإن فعلت نفذ/ الفرض وصحت الاستدانة، وإن لم يفعل لم ينفذ ولم يصح. [١٤٣/أ/ج]

وجه قول زفر: أن القاضي إنما يسمع هذه البينة لا لإثبات النكاح على الغائب ليقال: إن الغيبة تمنع من ذلك بل ليتوصل بها إلى الفرض، ويجوز سماع البينة في حق حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على

(١) تقدم تخريجه.

السرقة وإنها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع كذا ههنا تقبل هذه البينة في حق صحة الفرض لا في إثبات النكاح، فإذا حضر وأنكر استعاد منها البينة، فإن أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه وإلا فلا.

والصحيح قول أبي يوسف؛ لأن البينة على أصل أصحابنا لا تسمع إلا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع، وما ذكره زفر أن بينتها تقبل في حق صحة الفرض غير سديد، لأن صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية، فإذا لم يكن إلى إثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل إلى القبول في حق صحة الفرض ضرورة.

هذا إذا كان الزوج غائباً ولم يكن له مال حاضر، فأما إذا كان له مال حاضر فإن كان المال في يدها وهو من جنس النفقة فلها أن تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضي لحديث أبي سفيان، فلو طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة في ذلك المال، وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة، لأن لها أن تأخذه فتنفق على نفسها من غير فرض القاضي فلم يكن الفرض من القاضي في هذه الصورة قضاء بل كان إعانة لها على استيفاء حقّها، وإن كان في يد مودعه أو مضاربه أو كان له دين على غيره، فإن كان صاحب اليد مقراً بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين مقراً بالدين والزوجية أو كان القاضي عالماً بذلك فرض لها في ذلك المال نفقتها في قول أصحابنا الثلاثة. وقال زفر: لا يفرض.

وجه قوله: أن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر إذ المودع ليس بخصم عن الزوج، وكذا المديون فلا يجوز.

ولنا: أن صاحب اليد وهو المودع إذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية فقد أقر أن لها حق الأخذ والاستيفاء، لأن للزوجة أن تمد يدها إلى مال زوجها فتأخذ كفايتها منه لحديث امرأة أبي سفيان فلم يكن القاضي فرض لها النفقة في ذلك المال قضاءً بل كان إعانة لها على أخذ حقها وله على إحياء زوجته فكان له ذلك، وإن جحد أحد الأمرين ولا علم للقاضي به لم يسمع البينة ولم يفرض، لأن سماع البينة والفرض يكون قضاءً على الغائب من غير خصم حاضر، لأنه إن أنكر الزوجية لا يمكنها إقامة البينة على الزوجية، لأن المودع ليس بخصم عنه في الزوجية، وإن أنكر الوديعة أو الدين لا يمكنها إقامة البينة على الوديعة والدين، لأنها ليست بخصم عن زوجها في إثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا.

هذا إذا كانت الوديعة والدين من جنس النفقة بأن كانت دراهم أو دنانير أو طعاماً أو ثياباً من جنس كسوتها، فأما إذا كان من جنس آخر فليس لها أن تتناول شيئاً من ذلك وإن طلبت من القاضي فرض النفقة فيه، فإن كان عقاراً لا يفرض القاضي النفقة فيه بالإجماع، لأنه لا يمكن إيجاب النفقة فيه إلا البيع ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق، وإن كان منقولاً من العروض فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف فيه، فقال القاضي لا يبيع العروض عليه في قول أبي حنيفة، وعندهما له أن يبيعها عليه وهي مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ.

وذكر القدوري المسألة على الاتفاق فقال القاضي: إنما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن

قضاء الدين لكونه ظالماً في الامتناع دفعاً لظلمه والغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه، وإذا فرض القاضي لها النفقة في شيء من ذلك وأخذ منها كفيلاً فهو حسن لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على إيفاء حقها في النفقة عاجلاً فينبغي أن يستوثق فيما يعطيها بالكفالة، ثم إذا رجع الزوج ينظر إن كان لم يعجل لها النفقة فقد مضى الأمر، وإن كان قد عجل وأقام البينة على ذلك أو لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار إن شاء أخذ من المرأة، وإن شاء أخذ من الكفيل، ولو أقرت المرأة أنها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج، فإن الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة فيظهر في حقها لا في حق الكفيل، ولو طلبت/ [ب/١٤٣/ج] الزوجة من الحاكم أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل ذلك، وإن كان عالماً بهما، لأن القضاء بالنفقة في الوديعة والدين كان نظراً للغائب لما في الإنفاق من إحياء زوجته بدفع الهلاك عنها، والظاهر أنه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد في المهر والدين، ولو كان الحاكم فرض لها على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضي لها بنفقة ماضية في الوديعة والدين قضى لها بذلك لأنه لما جاز القضاء بالنفقة في الوديعة والدين يستوي فيه الماضي والمستقبل، لأن طريق الجواز لا يختلف.

وكذلك إذا كان للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمنىٰ فقراء أو أناث فقيرات ووالدان فقيران، فإن كان المال في أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم، وإن طلبوا من القاضي فرض النفقة منه فرض، لأن الفرض منه يكون إعانةً لا قضاء، وإن كان المال في يد مودعه أو كان ديناً على إنسان فرض القاضي نفقتهم منه.

وكذلك إذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضي بذلك، لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الإحياء، لأن الإنسان يرضى بإحياء كله وجزئه من ماله، ولهذا كان لأحدهما أن يمدّ يده إلى مال الآخر عند الحاجة ويأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا، فكان للقاضي أن يفرض ذلك من طريق الإعانة لصاحب الحق، وإن جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضي به لم يفرض لما ذكرنا في الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوي الرحم المحرم نفقتهم في مال الغائب، لأن نفقتهم من طريق الصلة المحضة إذ ليس لهم حق في مال الغائب أصلاً.

ألا ترى أنه ليس لأحد أن يمدّ يده إلى مال صاحبه فيأخذه، وإن مست حاجته من غير قضاء القاضي فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وإن لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس للقاضي أن يبيع على الغائب في النفقة على هؤلاء العقار بالإجماع والحكم في العروض ما بينا من الاتفاق أو الاختلاف. وفي بيع الأب العروض خلاف نذكره في نفقة المحارم.

وأما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو كان معسراً وطلبت المرأة الفرض من القاضي فرض عليه إذا كان حاضراً وتستدين عليه فتنفق على نفسها، لأن الإعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض، وإذا طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة على زوجها الحاضر، فإن كان قبل النقلة وهي بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضي لها إعانة لها على الوصول إلى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه، وإن كان بعدما حولها إلى منزله فزعمت أنه ليس ينفق عليها أو

شكت التضييق في النفقة فلا ينبغي له أن يعجل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها، لأن ذلك من باب الإمساك بالمعروف وأنه مأمور به ويتأتى في الفرض، ويتولى الزوج الإنفاق بنفسه قبل الفرض إلى أن يظهر ظلمه بالترك والتضييق في النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويأمره أن يدفع النفقة إليها لتنفق هي بنفسها على نفسها.

ولو قالت: أيها القاضي: إنه يريد أن يغيب فخذ لي منه كفيلاً بالنفقة لا يجبره القاضي على إعطاء الكفيل، لأن نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر على الكفيل مما ليس بواجب. يحققه أنه لا يجبر على التكفيل بدين واجب فكيف بغير الواجب وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال: لا أوجب عليه كفيلاً بنفقة لم تجب لها بعدُ.

وقال أبو يوسف: أستحسن أن آخذ لها منه كفيلاً بنفقة أشهر لأنا نعلم بالعادة أن هذا القدر يجب في السفر، لأن السفر يمتد إلى شهر غالباً، والجواب أن نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلاً بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو أعطاها كفيلاً جاز، لأن الكفالة بما يذوب على فلان جائزة.

وأما الثالث: وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة ديناً في ذمة الزوج فنقول إذا فرض القاضي لها نفقة كل شهر أو تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهراً غائباً كان أو حاضراً فلها أن تطالبه بنفقة ما مضى، لأنها لما صارت ديناً بالفرض أو التراضي صارت في استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الأقارب إذا مضت المدة ولم تؤخذ أنها تسقط، لأنها لا تصير ديناً رأساً، لأن وجوبها للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله، فأما وجوب/ هذه النفقة فليس للكفاية، وإن كانت [أ/١٤٤ج] مقدرة بالكفاية.

ألا ترى أنها تجب مع الاستغناء بأن كانت موسرة وليس في معنى الزمان إلا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب، ولو أنفقت من مالها بعد الفرض أو التراضي لها أنه ترجع على الزوج، لأن النفقة صارت ديناً عليه.

وكذلك إذا استدانت على الزوج لما قلنا، سواء كانت استدانتها بإذن القاضي أو بغير إذنه غير أنها إن كانت بغير إذن القاضي كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم أن يطالب الزوج بما استدانت، وإن كانت بإذن القاضي لها أن تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة إذن القاضي بالاستدانة، ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه لها أن تحبسه، لأن النفقة لما صارت ديناً عليه بالقضاء صارت كسائر الديون إلا أنه لا ينبغي أن يحبسه في أول مرة تقدم إليه بل يؤخر الحبس إلى مجلسين أو ثلاثة يعظه في كل مجلس يقدم إليه. فإن لم يدفع حبسه حينئذ كما في سائر الديون لما نذكر في كتاب الحبس إن شاء الله تعالى.

وإذا حبس لأجل النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضي إليها بغير رضاه بالإجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيئاً من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه، وكذا في سائر الديون في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يبيع عليه وهي مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

فإن ادعى الزوج أنه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها، لأن الزوج يدعي قضاء دين عليه وهي منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما في سائر الديون، ولو أعطاها الزوج مالاً فاختلفا، فقال الزوج: هو من المهر وقالت هي هو من النفقة فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأن التمليك منه فكان هو أعرف بجهة التمليك كما لو بعث إليها شيئاً فقالت هو هدية وقال هو من المهر أن القول فيه قوله إلا في الطعام الذي يؤكل لما قلنا كذا هذا.

ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جاز لكن برضا الزوج، لأن التقاصّ إنما يقع بين الدينين المماثلين، ألا ترى أنه لا يقع بين الجيد والرديء ودين الزوج أقوى بدليل أنه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فأشبه الجيد بالرديء فلا بد من المقاصّة بخلاف غيرها من الديون والله أعلم.

فصل: وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها ديناً في ذمة الزوج فالمسقِط لها بعد الوجوب قبل صيرورتها ديناً في الذمة واحد وهو مضي الزمان من غير فرض القاضي والتراضي.

وأما المسقِط لها بعد صيرورتها ديناً في الذمة فأمور:

منها: الإبراء عن النفقة الماضية، لأنها لما صارت ديناً في ذمته كان الإبراء إسقاطاً لدين واجب فيصح كما في سائر الديون، ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الإبراء، لأنها تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فكان الإبراء منها إسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضاً وهو حق الحبس، لأنه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح، وكذا يصح هبة النفقة الماضية، لأن هبة الدين يكون إبراءً عنه فيكون إسقاط دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا.

ومنها: موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل إعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله، ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا لما ذكرنا أنها تجري مجرى الصلة، والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة، فإن كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضي ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان قائماً أو مستهلكاً، وكذلك لو ماتت هي لم يرجع للزوج في تركتها عندهما.

وقال محمد: لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب ردّ الباقي إن كان قائماً، وإن كان هالكاً فلا شيء بالإجماع.

وروى ابن رستم عن محمد: أنها إن كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء، وإن كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردّت ما بقي، وجه هذه الرواية أن الشهر فما دونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين.

وجه ظاهر قول محمد: أن هذه النفقة تشبه الأعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض [ب/١٤٤/ج] كالإجارة إذا عجّل المستأجر الأجرة ثم مات أحدهما قبل تمام المدة/.

وجه قوله: أن هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المقبوضة.

وأما قوله: إنها تشبه الأعواض فنعم لكن بوصفها لا بأصلها بل هي صلة بأصلها، ألا ترى أنها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف بين أصحابنا لاعتبار معنى الصلة فيراعىٰ فيها المعنيان جميعاً فراعينا معنى الأصل بعد القبض، فقلنا: إنها لا تبطل بالموت بعد القبض فلا يثبت فيها الرجوع اعتباراً للأصل وراعينا معنى الوصف قبل القبض، فقلنا: إنها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات وراعينا معنى الوصف بعد القبض، فقلنا: لا يثبت فيها الرجوع كالأعواض اعتباراً للأصل والوصف جميعاً على ما هو الأصل في العمل بالشبهين عند الإمكان والله الموفق.

فصل: وأما نفقة الأقارب فالكلام فيها أيضاً يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب.

أما الأول: وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول إليه إلا بعد معرفة أنواع القرابات فنقول وبالله التوفيق: القرابة في الأصل نوعان: قرابة الولادة، وقرابة غير الولادة. وقرابة غير الولادة نوعان أيضاً قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخؤولة، وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد.

وأما نفقة الوالدين فلقوله عز وجل: ﴿**وَقَضَى رَبُّكَ أن لا تَعْبُدُوا إلاَّ إِيَّاهُ وَبالوَّالِدينِ إِحْسَاناً**﴾[1] أي أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا إلاَّ إياه. أمر سبحانه وتعالى ووصى بالوالدين إحساناً، والإنفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الإحسان، وقوله عز وجل: ﴿**وَوَصَّيْنا الإنْسَانَ بِوَالِدَيهِ حُسْناً**﴾[2] وقوله تعالى: ﴿**أَنِ اشْكُر لي وَلِوالِدِيكَ**﴾[3] والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر سبحانه وتعالى الولد أن يكافىء لهما ويجازي ببعض ما كان منهما إليه من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وإدرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجباً؛ وقوله عز وجل: ﴿**وصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً**﴾[4] وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى، والإنفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف، وقوله عز وجل: ﴿**وَلاَ تَقُل لَّهُمَا أفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا**﴾[5] وأنه كناية عن كلام فيه ضرب إيذاءٍ، ومعلوم أن معنى التأذي بترك الإنفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيف نهياً عن ترك الإنفاق دلالة كما كان نهياً عن الشتم والضرب دلالة.

وروي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ ومعه أبوه فقال: «**يا رسول الله إنّ لي مالاً وإنّ لي أباً وله مال وإنَّ أبي يريدُ أنْ يأخُذَ مالِي، فقال رسول الله ﷺ: أنْتَ ومالُكَ**

(١) سورة الإسراء، الآية: (٢٣).
(٢) سورة العنكبوت، الآية: (٨).
(٣) سورة لقمان، الآية: (١٤).
(٤) سورة لقمان، الآية: (١٥).
(٥) سورة الإسراء، الآية: (٢٣).

لأبيكَ»[١] أضاف مال الابن إلى الأب بلام التمليك، وظاهره يقتضي أن يكون للأب في مال ابنه حقيقةُ الملك، فإن لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنّ أطيب ما يأكُلُ الرجلُ مِنْ كَسْبِهِ وإنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ فَكلوا مِنْ كَسبِ أَولادِكُمْ إذَا احتجتمْ إليه بالمعْروفِ»[٢] والحديث حجة بأوله وآخره أما بآخره فظاهر، لأنه ﷺ أطلق للأب الأكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقاً عن شرط الإذن والعوض فوجب القول به.

وأمّا بأوله فلأن معنى قوله وإن ولده من كسبه أي كسبُ ولدِهِ من كسبه، لأنه جعل كسب الرجل أطيب المأكول، والمأكول كسبه لا نفسه، وإذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه، لأن نفقة الإنسان في كسبه، ولأن ولده لما كان من كسبه كان كسب ولْده ككسبه وكسبُ كسبِ الإنسان كسبُه ككسب عبده المأذون فكانت نفقتُه فيه.

وأما نفقة الولد: فلقوله تعالى: ﴿والوَالِدَاتُ يُرضِعْنَ أولادَهُنَّ﴾[٣] إلى قوله: ﴿وعَلَى المَوْلُودِ له رِزْقُهُنَّ وكِسوَتُهُنَّ﴾[٤] أي رزق الوالدات المرضعاتِ، فإن كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها إيجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الأب لأجل الولد كما في قوله تعالى: ﴿فإنْ أَرضَعْنَ لَكُمْ فآتوهُنَّ أجورهُنَّ﴾[٥] وإن كان المراد منهنّ المنكوحات أو المطلقات المعتدات فإنما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع، وإن كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد، لأنها تحتاج إلى فضل إطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع.

ألا ترى أن لها أن تفطر لأجل الرضاع إذا كانت صائمة لزيادة حاجتها إلى الطعام بسبب الولد، ولأن الإنفاق عند/ [١٤٥/أ/ج] الحاجة من باب إحياء المنفق عليه والولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب كذا إحياءُ جزئه، واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين، ولأن هذه القرابة مفترضة الوصل محرّمة القطع بالإجماع، والإنفاق من باب الصلة فكان واجباً وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى القطع فكان حراماً.

واختلف في وجوبها في القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة، قال أصحابنا: تجب، وقال مالك والشافعي[٦] لا تجب غير أن مالكاً يقول لا نفقة إلا على الأب للابن والابن للأب حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على ابن الابن للجد. وقال الشافعي[٧]: تجب على الوالدين والمولودين والكلام في هذه

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢١٤) وأخرجه أبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب في المؤجل يأكل من مال ولده (٣٥٣٠) وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب ما للرجل من مال ولده (٢٢٩٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٥) سورة الطلاق، الآية: (٦).

(٦) انظر «الأم» (٥/ ٩٠).

(٧) انظر «الأم» (٥/ ٩١) و «المهذب» (٢/ ١٦٤) و «المنهاج» و «مغني المحتاج» (٣/ ٤٢٥).

المسألة بناءً على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافاً لهما.

وعلى هذا ينبغي العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهي من مسائل العتاق نذكرها هناك إن شاء الله تعالى.

ثم الكلام في المسألة على سبيل الابتداء، احتجّ الشافعي فقال:إن الله تعالى أوجب النفقة على الأب لا غير بقوله تعالى: ﴿وعلى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1]. فمن كان مثلَ حاله في القرب يلحق به وإلا فلا، ولا يقال إن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى الوَارِثِ مثلُ ذَلك﴾[2]، لأن ابن عباس رضي الله عنه صرف قوله ذلك إلى ترك المضارة لا إلى النفقة والكسوة فكان معناه لا يضار الـوارث باليتيم كما لا تضارّ الوالدة والمولود له بولدهما.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الوَارِثِ مثلُ ذَلِكَ﴾[3] ورُوي عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير لا على ترك المضارة، معناه وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة، ومصداق هذا التأويل أنه لو جعل عطفاً على هذا لكان عطف الاسم على الاسم وأنه شائع ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل فكان الأول أولى، ولأنه لو جعل عطفاً على قوله: لا تضارّ لكان من حق الكلام أن يقول والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة. لأن الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو وأنه حرف جمع فيصير الكل مذكوراً في حالة واحدة فينصرف قوله ذلك إلى الكل أي على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وأنه لا يضارها ولا تضارّه في النفقة وغيرها، وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس رضي الله عنهما، على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفي وجوب النفقة على الوارث بل يوجب، لأن قوله تعالى: ﴿لا تُضارَّ والدة بولدها﴾، نهى سبحانه وتعالى عن المضارة مطلقاً في النفقة وغيرها. فإذا كان معنى إضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الإنفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى: ﴿وعَلَى الوارثِ مثلُ ذلك﴾[4]، أنه لا يضارها فإنما يرجع ذلك إلى مثل ما لزم الأب وذلك يقتضي أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة بأجرة مثلها ولا يخرج الولد من يدها إلى يد غيرها إضراراً بها.

وإذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضي وجوبَ النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث إلا مَن خُصَّ أو قُيِّد بدليل.

وأما القرابة التي ليست بمحرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافاً لابن أبي ليلى.

واحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿وعَلَى الوَارِثِ مثلُ ذَلك﴾[5] من غير فصل بين وارث ووارث وإنا نقول

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٣).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

المراد من الوارث الأقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث. عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه (وعَلَى الوارثِ ذي الرَّحِم المَحَرم مِثْلُ ذلك)[1] ولأن وجوبها في القرآن العظيم معلولاً بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا تجب، ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق.

فصل: وأما سبب وجوب هذه النفقة، أما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه، وإن شئت قلت سبب نفقة الأقارب في الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع، لأنه إذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفضٍ إلى القطع، وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضي إلى القطع، وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته/ [ب/١٤٥/ج] وحاجة المنفق عليه تفضي إلى قطع الرحم فيحرم الترك وإذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة.

وإذا عرف هذا فنقول الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو إما إن كانت حال الانفراد، وإما إن كانت حال الاجتماع، فإن كانت حال الانفراد بأن لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة إلا واحداً تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم، وإن كانت حال الاجتماع فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد فالنفقة على الأقرب في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم فإن استويا في القرب ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وإن كان كل واحد منهما وارثاً، وإن لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، وأما في غيرها من الرحم المحرم، فإن كان الوارث أحدهما والآخر محجوباً فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثاً، وإن كان كل واحد منهما وارثاً فالنفقة عليهما على قدر الميراث وإنما كان كذلك، لأن النفقة في قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة، قال الله تعالى: ﴿وعَلَى المولُود لَهُ رزقهنَّ وكسوتُهنَّ بالمعروفِ﴾[2] علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة، وفي غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوارثة لقوله عز وجل: ﴿وعَلَى الوارِثِ مثلُ ذَلك﴾[3] علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالإرث فتجب بقدر الميراث، ولهذا قال أصحابنا إن مَنْ أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والأنثى فيه سواء فدل به ما ذكرنا.

وبيان هذا الأصل: إذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن، لأنه أقرب ولو كان الابن معسراً وابن الابن موسراً فالنفقة على الابن أيضاً إذا لم يكن زمناً لأنه هو الأقرب ولا سبيل إلى إيجاب النفقة على الأبعد مع قيام الأقرب إلا أن القاضي يأمر ابن الابن بأنه يؤدي عنه على أن يرجع عليه إذا أيسر فيصير الأبعد نائباً عن

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

المراد من الوارث الأقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث. عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه (وعَلَى الوارِثِ ذي الرَّحِم المَحَرم مِثلُ ذلك)[1] ولأن وجوبها في القرآن العظيم معلولاً بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا تجب، ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق.

فصل: وأما سبب وجوب هذه النفقة، أما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه، وإن شئت قلت سبب نفقة الأقارب في الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع، لأنه إذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفضٍ إلى القطع، وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضي إلى القطع، وترك [ب/١٤٥/ج] الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته/ وحاجة المنفق عليه تفضي إلى قطع الرحم فيحرم الترك وإذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة.

وإذا عرف هذا فنقول الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو إما إن كانت حال الانفراد، وإما إن كانت حال الاجتماع، فإن كانت حال الانفراد بأن لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة إلا واحداً تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم، وإن كانت حال الاجتماع فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد فالنفقة على الأقرب في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم فإن استويا في القرب ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وإن كان كل واحد منهما وارثاً، وإن لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، وأما في غيرها من الرحم المحرم، فإن كان الوارث أحدهما والآخر محجوباً فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثاً، وإن كان كل واحد منهما وارثاً فالنفقة عليهما على قدر الميراث وإنما كان كذلك، لأن النفقة في قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة، قال الله تعالى: ﴿وعَلَى المولُود لَهُ رزقهنَّ وكسوتُهنَّ بالمعروفِ﴾[2] علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة، وفي غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوارثة لقوله عز وجل: ﴿وعَلَى الوارِثِ مثلُ ذَلك﴾[3] علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالإرث فتجب بقدر الميراث، ولهذا قال أصحابنا إن مَنْ أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والأنثى فيه سواء فدل به ما ذكرنا.

وبيان هذا الأصل: إذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن، لأنه أقرب ولو كان الابن معسراً وابن الابن موسراً فالنفقة على الابن أيضاً إذا لم يكن زمناً لأنه هو الأقرب ولا سبيل إلى إيجاب النفقة على الأبعد مع قيام الأقرب إلا أن القاضي يأمر ابن الابن بأنه يؤدي عنه على أن يرجع عليه إذا أيسر فيصير الأبعد نائباً عن

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

الأقرب في الأداء، ولو أدى بغير أمر القاضي لم يرجع، ولو كان له أب وجد فالنفقة على الأب لا على الجد، لأن الأب أقرب.

ولو كان الأب معسراً والجد موسراً فنفقته على الأب أيضاً إذا لم يكن زَمِناً لكن يؤمر الجد بأن ينفق ثم يرجع على الأب إذا أيسر، ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الأب؛ لأنه أقرب إلا أنه إذا كان الأب معسراً غير زمن وابن الابن موسراً فإنه يؤدي عن الأب بأمر القاضي ثم يرجع عليه إذا أيسر.

ولو كان له أب وابن فنفقته على الابن لا على الأب، وإن استويا في القرب والوراثة ويرجح الابن بالإيجاب عليه لكونه كسب الأب فيكون له حقاً في كسبه وكون ماله مضافاً إليه شرعاً لقول ﷺ: «**أَنتَ وَمَالُكَ لأبيكَ**»[1] ولا يشارك الولد في نفقة والده أحد لما قلنا.

وكذا في نفقة والدته لعدم المشاركة في السبب وهو الولادة والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم، وكذا لا يشارك الإنسان أحد في نفقة جده وجدته عند عدم الأب والأم، لأن الجد يقوم مقام الأب عند عدمه والجدة تقوم مقام الأم عند عدمها، ولو كان له ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا إذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الأنثى في النفقة لاستوائهما في سبب الوجوب وهو الولاد.

ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت، لأن الولاد لها، وهذا يدل على أن النفقة لا تعتبر بالميراث، لأن الأخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على الابن نفقة منكوحة أبيه لأنها أجنبية عنه إلا أن يكون الأب محتاجاً إلى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته، لأنه يؤمر بخدمة الأب بنفسه أو بالأجير، ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الأب لا على الأم بالإجماع؛ وإن استويا في القرب والولاد ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد لأن الله تعالى خص الأب بتسميته بكونه مولوداً له وأضاف الولد إليه بلام الملك وخصه بإيجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله: ﴿**وَعلى المولودِ لَهُ رزقهنَّ**﴾[2] أي رزق الوالدات المرضعات سمى الأم والدة والأب مولوداً له، وقال عز وجل: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فآتوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾[3] خص سبحانه وتعالى الأب بإيتاء أجر الرضاع بعد الطلاق، وكذا أوجب في الآيتين كل نفقة/ [أ/١٤٦/ج] الرضاع على الأب لولده الصغير وليس وراء الكل شيء ولا يقال إن الله عز وجل قال: «وعلى المولود له رزقهن» ثم قال: ﴿**وعَلَى الوارثِ مثلُ ذَلِكَ**﴾[4] والأم وارثة فيقتضي أن تشارك في النفقة كسائر الورثة من الرحم المحرم، وكمن قال: أوصيت لفلان من مالي بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا لأنّا نقول لمّا جعلَ اللّهُ عزّ وجلّ كلّ النفقة على الأب بقوله: ﴿**وعَلَى المَوْلُود لَهُ رزقُهُنَّ**﴾[5] تعذر إيجابها على الأم حال قيام الأب فيحمل على حال عدمه ليكون عملاً بالنص من كل وجه في الحالين ولم يوجد مثلُ هذا في سائر ذوي الرحم المحرم، وفي باب الوصية لا يمكن

(١) تقدم تخريجه.
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٣) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

العمل بكل واحدة من الوصيتين في حالين، وقد ضاق المحلّ عن قبولهما في حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورةً.

ولو كان الأب معسِراً غير عاجز عن الكسب والأم موسرةٌ فالنفقة على الأب لكن تؤمر الأم بالنفقة ثم ترجع بها على الأب إذا أيسر لأنها تصير ديناً في ذمته إذا أنفقت بأمر القاضي، ولو كان للصغير أبٌ وأمُ أم فالنفقة على الأب والحضانة على الجدة، لأن الأم لما لم تشارك الأب في نفقة ولده الصغير مع قربها فالجدة مع بعدها أَولى.

هذا إذا كان الولد صغيراً فقيراً وله أبوان موسوران، فأما إذا كان كبيراً وهو ذكر فقيرٌ عاجز عن الكسب فقد ذكر في كتاب النكاح أن نفقته أيضاً على الأب خاصة، وذكر الخصّاف أنه على الأب والأم أثلاثاً ثلثاها على الأب وثلثها على الأم.

وجه ما ذكره الخصاف: أن الأب إنما خصّ بإيجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية، وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما.

وجه رواية كتاب النكاح: أن تخصيص الأب بالإيجاب حالَ الصِّغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولوداً له وهذا ثابتٌ بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار الولاية والإرث في هذه النفقة غير سديد، لأنها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا إرث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجدَّ أحدٌ في نفقة ولد ولده عند عدم ولده، لأنه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوجَ في نفقةِ زوجته أحدٌ، لأنه لا يشاركه أحد في سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج أو أب موسر أو أخ موسر فنفقتها على الزوج لا على الأب والابن والأخ لكن يؤمر الأب أو الابن أو الأخ بأن ينفق عليها ثم يرجع على الزوج إذا أيسر، ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لأنهما في القرابة والوراثة سواء ولا ترجيح لأحدهما على الآخر من وجهٍ آخر فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقي على ابن الابن كالميراث.

ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثاً الثلث على الأم والثلثان على الجد على قدر ميراثهما، وكذلك إذا كان له أم وأخ لأب وأم أو لأب أو ابن أخ لأب وأم أو لأب أو عم لأم وأب أو لأب كانت النفقة عليهما أثلاثاً ثلثها على الأم والثلثان على الأخ وابن الأخ والعم.

وكذلك إذا كان له أخ لأب وأم وأخت لأب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثاً على قدر ميراثهما، ولو كان له أخ لأب وأم وأخ لأم فالنفقة عليهما أسداساً سدسها على الأخ لأم وخمسة أسدادها على الأخ لأب وأم.

ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداساً على قدر الميراث، ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم، لأنهما استويا في القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فيرجّح بكونه وارثاً.

وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا، ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثاً ثلثاها على العمة والثلث على الخال أو الخالة، ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لأنهما ما استويا في سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع إذ الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق الميراث

للترجيح والترجيح يكون بعد الاستواء في ركن العلة ولم يوجد.

ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوائهما في سبب استحقاق الإرث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شيء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق في حقه وهو القرابة المحرمة القطع، /ولو كان له ثلاث أخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على الأخوات على خمسة أسهم [ب/١٤٦/ج] ثلاثة أسهم على الأخت لأب وأم، وسهم على الأخت لأم، وسهم على الأخت لأب على قدر الميراث ولا يعتد بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق بالعدم كأنه ليس له إلا الأخوات وميراثه لهنّ على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن، ولو كان له ثلاثة أخوة متفرقين فالنفقة على الأخ للأب والأم وعلى الأخ للأم على قدر الميراث أسداساً، لأن الأخ لا يرث معهما فيلحق بالعدم.

ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم، لأن العمّ مساوٍ لهما في سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثاً إذ الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما، وإن كان العم معسراً فالنفقة عليهما، لأنه يجعل كالميت.

والأصل في هذا أن كل من كان يحوز جميع الميراث وهو معسر يجعل كالميت وإذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريث من يرث معه، بيان هذا الأصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة أخوة متفرقين فنفقة الأب على أخيه لأبيه وأمه وعلى أخيه لأمه أسداساً سدس النفقة على الأخ لأم وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم ونفقة الولد على الأخ لأب وأم خاصة، لأن الأب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الأب على الأخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الأب هذا فأما الابن فوارثه العم لأب وأم لا العم لأب ولا العم لأم فكانت نفقته على عمه لأب وأم.

ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهنّ أخماساً ثلاثة أخماسها على الأخت لأب وأم وخمس على الأخت لأب وخمس على الأخت لأم على قدر مواريثهن ونفقة الابن على عمته لأب وأم لأنها هي الوارثة منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت، والمسألة بحالها فنفقة الأب في الإخوة المتفرقين على أخيه لأبيه وأمه، وفي الأخوات المتفرقات على أخته لأبيه وأمه، لأن البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة إلى أن تجعل كالميتة فكان الوارث معها الأخ للأب والأم لا غير، والأخت لأب وأم لا غير، لأن الأخ والأخت لأم لا يرثان مع الولد والأخ لأب لا يرث مع الأخ لأب وأم والأخت لأب لا ترث مع البنت والأخت لأب وأم، لأن الأخوات مع البنات عصبة وفي العصبات تقدم الأقرب فالأقرب فكانت النفقة عليهما.

وكذلك نفقة البنت على العم لأب وأم أو على العمة لأب وأم لأنهما وارثاها بخلاف الفصل الأول، لأن هناك لا يمكن الإيجاب للنفقة على الأخوة والأخوات إلا بجعل الابن كالميت، لأنه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة إلى أن يجعل ميتاً حكماً، ولو كان الابن ميتاً كان ميراث الأب للأخ لأب وأم وللأخ لأم أسداساً وللأخوات أخماساً فكذا النفقة، وعلى هذا الأصل مسائل.

فصل: وأما شرائط وجوب هذه النفقة فأنواع: بعضها يرجع إلى المنفَق عليه خاصة وبعضها يرجع إلى

المنفِق خاصة، وبعضها يرجع إليهما، وبعضها يرجع إلى غيرهما أما الذي يرجع إلى المنفق عليه خاصة فأنواع ثلاثة:

أحدها: إعساره فلا تجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم، لأن وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج ولأنه إذا كان غنياً لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الإيجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل إذا كان مستغنياً بماله كان إيجاب النفقة في ماله أولى من إيجابها في مال غيره بخلاف نفقة الزوجات إنها تجب للزوجة الموسرة، لأن وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبه بالأعواض فيستوي فيها المعسرة والموسرة كثمن البيع والمهر.

واختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة، قيل هو الذي يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة، وقيل هو المحتاج، ولو كان له منزل وخادم، هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية: في رواية لا يستحق حتى لو كان أختاً لا يؤمر الأخ بالإنفاق عليها، وكذلك إذا كانت بنتاً له أو أماً وفي رواية يستحق.

وجه الرواية الأولى: أن النفقة لا تجب لغير المحتاج وهؤلاء غير محتاجين، لأنه يمكن الاكتفاء بالأدنى بأن يَبيع بعض/ [١٤٧/أ/ج] المنزل أو كلّه ويكتري منزلاً فيسكن بالكراء أو يبيع الخادم.

وجه الرواية الأخرى: أن بيع المنزل لا يقع إلا نادراً، وكذا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالإنفاق عليه.

ألا ترى أنه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ـ ثم الولد الصغير إذا كان له مال حتى كانت نفقته في ماله لا على الأب، وإن كان الأب موسراً، فإن كان المال حاضراً في يد الأب أنفق منه عليه، وينبغي أن يشهد على ذلك إذ لو لم يشهد، فمن الجائز أن ينكر الصبي إذا بلغ فيقول للأب إنك أنفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي، لأن الظاهر أن الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه، وإن كان لولده مال فكان الظاهر شاهداً للولد فيبطل حق الأب، وإن كان المال غائباً ينفق من مال نفسه بأمر القاضي إياه بالإنفاق ليرجع أو يُشهد على أنه ينفق من مال نفسه ليرجع به في مال ولده ليمكنه الرجوع لما ذكرنا أن الظاهر أن الإنسان يتبرع بالإنفاق من مال نفسه على ولده، فإذا أمره القاضي بالإنفاق من ماله ليرجع أو أشهد على أنه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين أنه إنما أنفق من ماله على طريق القرض وهو يملك إقراض ماله من الصبي فيمكنه الرجوع وهذا في القضاء فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والإشهاد بعد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع، لأنه إذا نوى صار ذلك ديناً على الصغير وهو يملك إثبات الدين عليه، لأنه يملك إقراض ماله منه والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى والله تعالى أعلم.

والثاني: عجزه عن الكسب بأن كان به زمانةٌ أو قعد أو فَلَج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غير ذلك من العوارض التي تمنع الإنسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحاً مكتسباً لا يقضىٰ له بالنفقة على غيره.

وإن كان معسراً إلا للأب خاصة والجد عند عدمه، فإنه يقضىٰ بنفقة الأب وإن كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على ولده الموسر، وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا كان موسراً، وإنما كان كذلك لأن المنفق عليه إذا كان قادراً على الكسب كان مستغنياً بكسبه، فكان غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره إلا الولد، لأن الشرع نهى الولد عن إلحاق أدنى الأذى بالوالدين وهو التأفيف بقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾[1] ومعنى الأذى في إلزام الأب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن، ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه ويحبس بدين أبيه، ولأن الشرع أضاف مال الابن إلى الأب بلام الملك، فكان ماله كماله، وكذا هو كسب كسبه فكان ككسبه فكانت نفقته فيه.

والثالث: أن الطلب والخصومة بين يدي القاضي في أحد نوعي النفقة، وهي نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه، لأنها لا تجب بدون قضاء القاضي، والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة.

وأما الذي يرجع إلى المتفق خاصة فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وإن كان قادراً على الكسب لأن وجوب هذه النفقة من طريق الصلة، والصلات تجب على الأغنياء لا على الفقراء، وإذا كان يسار المنفِق شرطَ وجوب النفقة عليه في قرابة ذي الرحم فلا بد من معرفة حدّ اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة.

روي عن أبي يوسف فيه أنه اعتبر نصاب الزكاة.

قال ابن سماعة في «نوادره»: سمعت أبا يوسف قال: «لا أجبر على نفقةِ ذي الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة» ولو كان معه مائتا درهم إلا درهماً وليس له عيال وله أخت محتاجة لم أجبره على نفقتها، وإن كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهماً.

وروى هشام عن محمد أنه قال: إذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذي الرحم المحرم.

قال محمد: وأما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهماً يكتفي منه بأربعة دوانيق فإنه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع به وينفق فضله على من يجبر على نفقته. وجه رواية هشام عن محمد أن من كان عنده كفاية شهر فما زاد عليها فهو غني عنه في الحال، والشهر يتسع للاكتساب فكان عليه صرف الزيادة إلى أقاربه.

وجه قول أبي يوسف: أن نفقة ذي الرحم صلة، والصلات إنما/ تجب على الأغنياء كالصدقة، وحد [ب/١٤٧/ج] الغنا في الشريعة ما تجب فيه الزكاة، وما قاله محمد أَوفق وهو أنه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه، فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال، ولا يعتبر النصاب لأن النصاب إنما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية، والنفقة حق العبد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها، وإنما يعتبر فيها إمكان الأداء.

ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذي الرحم المحرم منه نفقة فقال أنا فقير وادعى هو أنه غني

(١) سورة الإسراء، الآية: (٢٣).

فالقول قول المطلوب لأن الأصل هو الفقر، والغنا عارض فكان الظاهر شاهداً له، فمحمد يحتاج إلى الفرق بينه وبين نفقة الزوجات والفرق له أن الإقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة الظاهر.

وأما قرابة الولاد فينظر إن كان المنفق هو الأب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه، بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه النفقة على أولاده الصغار والكبار، الذكور الزمنى الفقراء، والإناث الفقيرات وإن كن صحيحات، وإن كان معسراً بعد أن كان قادراً على الكسب، لأن الإنفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب إحياؤهم، وإحياؤهم إحياءُ نفسه، لقيام الجزئية والعصبية، وإحياء نفسه واجب، ولو كان لهم جد موسر لم يفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر الجد بالإنفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه، لأن النفقة لا تجب على الجد مع وجود الأب إذا كان الأب قادراً على الكسب. ألا ترى أنه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى.

وإن لم يكن الأب قادراً على الكسب بأن كان زمناً قضى بنفقتهم على الجد لأنّ عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم.

وروي عن أبي يوسف أنه قال في صغير له والدٌ محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه كل من أجبرته على نفقة الأب أجبرته على نفقة الغلام إذا كان زمناً، لأن الأب إذا كان زمناً كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لأنه جزؤه، قال فإن لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك ديناً على الأب.

ووجه الفرق بين قرابة الأب وقرابة الأم: أن قرابة الأب تجب عليهم نفقة الأب إذا كان زمناً، فكذا نفقة ولده الصغير، فأما قرابة الأم فلا يجب عليهم نفقة الأب ولا نفقة الولد، لأن الأب لا يشاركه أحد في نفقة ولده، وإن كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فإن كان فيه فضل عن قوته يجبر على الإنفاق على الأب من الفضل، لأنه قادر على إحيائه من غير خلل يرجع إليه. وإن كان لا يفضل من كسبه شيء يؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل أن يواسي أباه، إذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعاً جائعاً يتكفف الناس وله كسب، وهل يجبر على أن ينفق عليه وتفرض عليه النفقة إذا طلب الأب الفرض أو يدخل عليه في النفقة إذا طلب الأب ذلك؟.

قال عامة الفقهاء: إنه لا يجبر على ذلك، وقال بعضهم: يجبر عليه، واحتجوا بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لَو أَصابَ الناسَ السَّنَةُ لأَدخلتُ على أهل كل بيت مثلهم، فإنَّ الناسَ لم يَهْلَكُوا على أَنصَافِ بُطُونِهم»[1].

وقال النبي ﷺ: «طَعامُ الواحدِ يَكْفِي الاثنينِ»[2].

وجه قول العامة: أن الجبر على الإنفاق والإشراك في نفقة الولد المعسر يؤدي إلى إعجازه عن الكسب، لأن الكسب لا يقوم إلا بكمال القوة، وكمال القوة بكمال الغذاء، فلو جعلناه نصفين لم يقدر على

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب الأشربة باب فضيلة المساواة في الطعام القليل برقم (٢٠٥٨).

الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعاً. وذكر في الكتاب: أرأيت لو كان الابن يأكل من طعام رجل غني يعطيه كل يوم رغيفاً أو رغيفين أيؤمر الابن أن يعطي أحدهما أباه؟.

قال: لا يؤمر به. ولو قال الأب للقاضي: إن ابني هذا يقدر على أن يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق عليّ لكنه يدع الكسب عمداً يقصد بذلك عقوقي، ينظر القاضي في ذلك فإن كان الأب صادقاً في مقالته أُمر الابن بأن يكتسب فينفقَ على أبيه، وإن لم يكن صادقاً بأن علم أنه غير قادر على اكتساب زيادة تركه، هذا إذا كان الولد واحداً، فإن كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شيء ينفق على أبيه فطلب الأب من القاضي أن يدخله في النفقة على عياله يدخله القاضي ههنا، لأن إدخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللاً بيناً، بخلاف إدخال الواحد على الواحد، هذا إذا لم يكن الأب عاجزاً عن/ الكسب، فأما إذا [١٤٨/أ ج] كان عاجزاً عنه بأن كان زمناً يشارك الابن في قوته ويدخل عليه فيأكل معه، وإن لم يكن له عيال لأنه ليس في المشاركة خوفُ الهلاك، وفي ترك المشاركة خوف هلاك الأب فتجب المشاركة.

وكذلك الأم إذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فتأكل معه، لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فنوعان، **أحدهما**: اتحادُ الدّين في غير قرابة الوِلاد من الرحم المحرِّم، فلا تجري النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة، فأما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط، فيجب على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة، ويجب على الذمي نفقة أولاده الصغار الذين أعطي لهم حكم الإسلام بإسلام أمهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكره.

ووجه الفرق من وجهين:

أحدهما: أن وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين، وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين، بدليل أنه يجوز للمسلم أن يبتدىء بقتل أخيه الحربي، ولا يجوز له أن يبتدىء بقتل أبيه الحربي، وقد قال سبحانه في الوالدين الكافرين ﴿**وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنيَا مَعْرُوفاً**﴾[١] ولم يرد مثله في غير الوالدين.

والثاني: أن وجوب النفقة في قرابة الوِلاد بحقّ الولادة لما ذكرنا أن الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد، وذا لا يختلف باختلاف الدين، فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب في غيرها من الرحم المحرم بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدين فلا نفقة.

ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والآخر ذميّ فنفقته عليهما على السواء لما ذكرنا أن نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدين.

والثاني: اتحاد الدار في غير قرابة الولادة من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين الذمي الذي في دار الإسلام وبين الحربي في دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمي والحربي المستأمن في دار الإسلام،

(١) سورة لقمان، الآية: (١٥).

لأن الحربي وإن كان مستأمناً في دار الإسلام فهو من أهل الحرب وإنما دخل دار الإسلام لحوائج يقضيها ثم يعود، ألا ترى أن الإمام يمكنه من الرجوع إلى دار الحرب ولا يمكنه من إطالة الإقامة في دار الإسلام فاختلف الداران، وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن في دار الإسلام وبين الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لاختلاف الدارين وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد.

والثاني: أن الوجوب ههنا بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وأنه لا يختلف.

وأما الذي يرجع إلى غيرهما فقضاء القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي ولا يشترط ذلك في نفقة الوِلاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات.

ووجه الفرق: أن نفقة الولاد تجب بطريق الإحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفِق والمنفق عليه ويجب على الإنسان إحياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضي، فأما نفقة سائر ذي الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الإحياء لانعدام معنى الجزئية وإنما تجب صلة محضة فجاز أن يقف وجوبها على قضاء القاضي، وبخلاف نفقة الزوجات لأن لها شبهاً بالأعواض فمن حيث هي صلة لم تصر ديناً من غير قضاءٍ ورضاً ومن حيث هي عوض تجب من غير قضاء عملاً بالشبهين.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان الرجل غائباً وله مال حاضر أن القاضي لا يأمر أحداً بالنفقة من ماله إلا الأبوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والإناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والإناث الفقيرات والزوجة لأنه لا حقَّ لأحدٍ في ماله إلا لهؤلاء.

ألا ترى أنه ليس لغيرهم أن يمد يده إلى ماله فيأخذه، وإن كان فقيراً محتاجاً ولهم ذلك فكان الأمر من القاضي بالإنفاق من ماله لغيرهم قضاءً على الغائب من خصم غيرِ حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون إعانة، ثم إن كان المال حاضراً عند هؤلاء وكان النسب معروفاً أو علم القاضي بذلك أمرهم بالنفقة منه، لأن نفقتهم واجبة من غير قضاء/ القاضي فكان الأمر من القاضي بالإنفاق إعانةً لا قضاءً، وإن لم يعلم بالنسب فطلب بعضُهم أن يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة لأنه يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر. [ب/١٤٨/ج]

وكذلك إن كان ماله وديعةً عند إنسان وهو مقر بها أمرهم القاضي بالإنفاق منها، وكذا إذا كان له دين على إنسان وهو مقر به لما قلنا، ولو دفع صاحب اليد أو المديون إليهم بغير إذن القاضي يضمن، وإذا وقع بإذنه لا يضمن، واستوثق القاضي منهم كفيلاً إن شاء، وكذا لا يأمر الجد وولد الولد حال وجود الأب

والولد، لأنهما حال وجودهما بمنزلة ذوي الأرحام ويأمرهما حال عدمهما لأن الجد يقوم مقام الأب حال عدمه وولد الولد يقوم مقام الولد حال عدمه، وإن كان صاحب اليد أو المديون منكراً فأرادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضي إلى ذلك لما ذكرنا. فإن أنفق الأب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للأب كنت موسراً وقال الأب كنت معسراً ينظر إلى حال الأب وقت الخصومة فإن كان معسراً فالقول قوله، وإن كان موسراً فالقول قول الابن؛ لأن الظاهر استمرار حال اليسار والإعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال وصار هذا كالآجر مع المستأجر إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه أنه بحكم الحال لما قلنا كذا هذا.

فإن أقاما البينة فالبينة بينة الابن لأنها تثبت أمراً زائداً وهو الغنى، هذا إذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة، فإن كان من غير جنسها فالقاضي لا يبيع على الغائب العقار لأجل القضاء بالإنفاق، وكذا الأب إلا إذا كان الولد صغيراً فليبيع العقار.

وأما العروض فهل يبيعها القاضي فالأمر فيه على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الأب؛ قال أبو حنيفة: يبيع مقدار ما يحتاج إليه لا الزيادة على ذلك وهو استحسان، وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف أن الأم لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير، وكذا الأولاد لا يبيعون مال الأبوين.

وجه قولهما: وهو القياس أنه لا ولاية للأب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الأقارب سواء، ولهذا لا يبيع العقار، وكذا العروض.

ولأبي حنيفة: أن في بيع العروض نظراً للولد الغائب، لأن العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ والأب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فإنه محفوظ بنفسه فلا حاجة إلى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفاً على الولد الكبير فلا يملكه، ولأن الشرع أضاف مال الولد إلى الوالد وسماه كسباً له، فإن لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة.

فصل: وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الأقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف، لأنها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة وكل مَن وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعاً، لأن وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء، فإن كان للمنفق عليه خادم يحتاج إلى خدمته تفرض له أيضاً لأن ذلك من جملة الكفاية.

فصل: وأما بيان كيفية وجوبها: فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير ديناً في الذمة أصلاً سواء فرضها القاضي أو لا بخلاف نفقة الزوجات فإنها تصير ديناً في الذمة بفرض القاضي أو بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض، وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء:

منها: ما وصفناه آنفاً أن نفقة المرأة تصير ديناً بالقضاء أو بالرضا ونفقة الأقارب لا تصير ديناً أصلاً ورأساً.

ومنها: أن نفقة الأقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للمعسرة والموسرة.

ومنها: أن نفقة الأقارب أو كسوتهم إذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى، وفي نفقة الزوجات لا تجب.

ومنها: أن نفقة الأقارب أو كسوتهم إذا تعينت بعد مضي المدة لا تجب أخرى وفي نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة في فصل نفقة الزوجات.

ومنها: أنه إذا عجل نفقة مدةٍ في الأقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يستردّ شيئاً منها بلا خلاف، وفي/ نفقة الزوجات خلاف محمد، ويحبس في نفقة الأقارب كما يحبس في نفقة الزوجات، أما [١٤٩/أ/ج] غير الأب فلا شك فيه، وأما الأب فيحبس في نفقة الولد أيضاً ولا يحبس في سائر ديونه، لأن إيذاءَ الأب حَرام في الأصل، وفي الحبس إيذاؤه إلا أن في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس، ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة، وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون، ولأن ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعني النفقة، لأنها تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجة إلى الاستدراك بالحبس، لأن الحبس يحمله على الأداء فيحصل الاستدراك، ولو لم يحبس يفوّت حقه رأساً فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات، وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون لأنها لا تفوت بمضي الزمان فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس، ولهذا قال أصحابنا إن الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق، لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس، لأنه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق، وكذلك الجد أب الأب وإن علا، لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه.

فصل: وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا أن هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم.

فصل: وأما نفقة الرقيق فالكلام في هذا الفصل في مواضع: في بيان وجوب هذه النفقة، وفي بيان سبب وجوبها، وفي بيان شرط الوجوب، وفي بيان مقدار الواجب، وفي بيان كيفية الوجوب.

أما الأول فوجوبها ثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب: فقوله عز وجل: ﴿أَوْ مَا ملكَتْ أيمانُكُم﴾(١) معطوفاً على قوله: ﴿وبالوالدَين إحْسَاناً﴾(٢) أمر بالإحسان إلى المماليك، ومطلق الأمر يحمل على الوجوب والإنفاق عليهم إحسان بهم فكان واجباً، ويحتمل أن يكون أمراً بالإحسان إلى المماليك أمراً بتوسيع النفقة عليهم، لأن المرء لا يترك أصل النفقة على

---

(١) سورة النساء، الآية: (٣٦).
(٢) سورة النساء، الآية: (٣٦).

مملوكه إشفاقاً على ملكه وقد يقتر في الإنفاق عليه لكونه مملوكاً في يده فأمر الله عز وجل السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكراً لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدماً وخَوَلاً أذلاءَ تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم.

وأما السنة: فما روي «**أنّ رسول الله ﷺ كان يوصي بالمملوك خيراً ويقول: أَطْعِمُوهُمْ مما تَأْكُلُونَ واكسوهُم مما تلبَسُون، ولا تُكلِّفوهم ما لا يطيقُون**»[1] فإن الله تعالى يقول: ﴿**لا يكلّفُ اللّهُ نفساً إلا وُسْعَها**﴾[2].

وعن أنس رضي الله عنه قال: «**كانَ آخرُ وصيةِ رسولِ اللّهِ ﷺ حينَ حضَرَتْه الوفاة الصلاةَ وما ملكتْ أيمانُكم وجعل ﷺ يغرغر بها في صدرِهِ ومَا يقبضُ بِهَا لِسانِه**»[3].

وعليه إجماع الأمة أن نفقة المملوك واجبة.

وأما المعقول: فهو عبد مملوك لا يقدر على شيء فلو لم تجعل نفقتُه على مولاه لهلك.

فصل: وأما سبب وجوبها فالملك لأنه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعاً وتصرّفاً وهو نفس الملك فإذا كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه إذ الخراج بالضمان، وعلى هذا ينبنىٰ أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لأن أمه إن كانت حرة فهو حرّ وإن كانت مملوكةً فهو ملك مولاها فكانت نفقته على المولى، ولأن العبد لا مال له بل هو وما في يده لمولاه، والمولى أجنبي عن هذا الولد فكيف تجب النفقة في مال الغير لملك الغير، وكذا لا يجب على الحرّ نفقة ولده المملوك بأن تزوج حر أمةَ غيره فولدت ولداً، لأنه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره، ولو أعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم إن كان بالغاً صحيحاً فنفقته في كسبه، وإن كان صغيراً أو زمناً، قالوا إن نفقته في بيت المال، لأنه واحد من المسلمين حر عاجز لا يعرف له قريب وبيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط إذا لم يكن معه مال فنفقته في بيت المال لما قلنا.

وقالوا في الصغير في يد رجل قال لرجل: هذا عبدك أو دعتنيه فجحد، قال محمد/ أستحلفه بالله [ب/١٤٩/ج] عز وجل ما أودعته، فإن حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يده، لأنه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير إقراره فبقي في يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته.

قال محمد: ولو كان كبيراً لم أستحلف المدعى عليه، لأنه إذا كان كبيراً كان في يد نفسه وكان دعواه هدراً فيقف الأمر على دعوى الكبير فكلّ مَن ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته، ولو كان العبد بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما، وكذلك لو كان في أيديهما كل واحد منهما يدعي أنه له ولا بينة

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الأدب باب ما ينهي عن السباب واللعان (٦٠٥٠) ومسلم في «الصحيح» كتاب الأيمان باب إطعام المملوك مما يأكل (١٦٦١).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٨٦).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٢٩٠)، وابن ماجه في «السنن» كتاب الجنائز باب ما جاء في ذكر مرض رسول الله ﷺ (١٦٢٥) وابن حبان (٦٦٠٥) كتاب التاريخ باب مرض رسول الله.
وهو في «تحفة الأشراف» برقم (١٨١٥٤).

لهما فنفقته عليهما، وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولد فادعاه الموليان إن نفقة هذا الولد عليهما، وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما، لأن كل واحد منهما أب كامل في حقه والله أعلم.

فصل: وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى، فإن لم يكن فلا تجب عليه نفقته فيجب على الإنسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد، لأن أكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لأنه غير مملوك المكاسب لمولاه.

ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحرّ فكانت نفقته في كسبه كالحر، وكذا معتق البعض، لأنه بمنزلة المكاتَب عند أبي حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة، لأن منفعته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن؛ لأن ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على المستعير لأن ملك المنفعة في زمن العارية له إذ الإعارة تمليك المنفعة، ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لأن منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق أصحابنا حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت نفقته عليه ولأن ردّ المغصوب على الغاصب ومؤنة الردّ عليه لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الردّ لأنه لا يمكنه إلا باستبقائه ولا يبقى عادة إلا بالنفقة فكانت النفقة من مؤنات الردّ لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم.

فصل: وأما مقدار الواجب منها فمقدار الكفاية، لأن وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الأقارب.

فصل: وأما كيفية وجوبها فإنها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة، بيان ذلك أن المملوك إذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي فإن القاضي يأمر بالنفقة عليه، فإن أبى ينظر القاضي فكل من يصلح للإجارة يؤاجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه إن كان محلاً للبيع كالقن ورأى البيع أصلح ولا يجبر على الإنفاق، وإن لم يصلح للإجارة بأن كان صغيراً أو جارية ولا محلاً للبيع كالمدبّر وأم الولد يجبره على الإنفاق، لأنه لا يمكن بيعه ولا إجارته وتركه جائعاً تضييع إلى آدمي فيجبر المولى على الإنفاق والله عز وجل أعلم.

وأما نفقة البهائم فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية ولكنه يفتىٰ فيما بينه وبين الله تعالى أن ينفق عليها، وروي عن أبي يوسف أنه يجبر عليها، لأن في تركه جائعاً تعذيب الحيوان بلا فائدة، وتضييع المال «ونهى رسولُ اللّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ كلِهِ»[1]، ولأنه سفه لخلوِّه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلاً.

وجه ظاهر الرواية: أن الجبر على الحق يكون عند الطلب، والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن تجب فيما بينه وبين الله تعالى لما قاله أبو يوسف، وأما نفقة الجمادات كالدور والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتىٰ أيضاً بالوجوب إلا أنه إذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم في «صحيحه» (٢٢٤١) كتاب السلام باب النهي عن قتل النمل، وأبو داود في «سننه» كتاب الأدب باب في قتل الذر (٥٢٦٦) وابن حبان في «صحيحه» كتاب الحظر والإباحة باب ذكر الخبر الدال على أنه لا يجب أن يعذب مخلوق بعذاب الله (٥٦١٤).

كتاب الحضانة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في تفسير الحضانة، وفي بيان من له الحضانة، وفي بيان مدة الحضانة، وفي بيان مكان الحضانة.

أما الأول فالحضانة في اللغة تستعمل في معنيين:

أحدهما: جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء أي اعتزله فجعله في ناحية منه.

والثاني: الضم إلى الجنب يقال: حضنته واحتضنته إذا ضممته إلى جنبك، والحضن الجنب فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الأم على إرضاعه إلا أن لا يوجد مَن ترضعه فتجبر عليه، وهذا قول عامة العلماء.

وقال مالك: إن كانت شريفة لم تجبر، وإن كانت دنية تجبر، والصحيح قول العامة لقوله عز وجل: ﴿لا تضارّ والدةٌ بولدها﴾[(١)] قيل في بعض وجوه التأويل أي لا تضارّ بإلزام الإرضاع مع كراهتها، وقوله عز وجل في المطلقات: ﴿فإن أرضعْنَ لَكُمْ فآتوهن أُجورَهُنَّ﴾[(٢)] جعل تعالى أجر الرضاع على الأب لا على الأم مع وجودها فدل أن الرضاع ليس على الأم. وقوله عز وجل: ﴿وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رزقهنَّ وكِسوتهُنَّ بالمعروفِ﴾[(٣)] أي رزق الوالدات المرضعات، فإن أريد به المطلقات ففيه أنه لا إرضاع على الأم حيث أوجب بدل الإرضاع على الأب مع وجود الأم، وإن أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم إيجاب زيادة/ النفقة على الأب للأم المرضعة لأجل الولد وإلا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولدٍ، ولأن [أ/١٥٠/ج] الإرضاع إنفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها الأم كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو إرضاعه. وهذا في الحكم.

وأما في الفتوى فتفتى بأنها ترضعه لقوله تعالى: ﴿لا تضارَّ وَالدةٌ بِوَلِدِها﴾[(٤)] قيل: في بعض تأويلات الآية، أي لا تضارّ بولدها بأن ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضرر الولد، ومتى تضرر الولد تضرر الوالد، لأنه يتألم قلبه بذلك، وقد قال الله تعالى: ﴿ولا مَولودٌ لَهُ بوَلَدِه﴾[(٥)] أي لا يضارَّ المولود

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

له بسبب الإضرار بولده، كذا قيل في بعض وجوه التأويل، ولأن النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل إلا باجتماعهما على مصالح النكاح؛

ومنها: إرضاع الولد فيفتى به ولكنها إن أبت لا تجبر عليه لما قلنا إلا إذا كان لا يوجد من يرضعه فحينئذٍ تجبر على إرضاعه إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد ولو التمس الأب لولده مرضعاً فأرادت الأم أن ترضعه بنفسها فهي أولى، لأنها أشفق عليه، ولأن في انتزاع الولد منها إضراراً بها وأنه منهي عنه لقوله عز وجل: ﴿لا تُضَارَّ وَالدةٌ بولدِها﴾[1] قيل في بعض الأقاويل أي لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهي تريد إمساكه وإرضاعه، فإن أرادت أن تأخذ على ذلك أجراً في صلب النكاح لم يجز لها ذلك، لأن الإرضاع وإن لم يكن مستحقاً عليها في الحكم فهو مستحق في الفتوى، ولا يجوز أخذ الأجر على أمر مستحق، لأنه يكون رشوة ولأنها قد استحقت نفقة النكاح وأجرة الرضاع، وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين، ولأن أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضاً عن منفعة تحصل لها حتى لو استأجرها على إرضاع ولده من غيرها جاز لأن ذلك غير واجب عليها فلا يكون أخذ الأجرة على فعل واجب عليها، وكذا ليس في حفظه منفعة تعود إليها، لأنه لا يجب عليها أن تسكنه معها.

وكذلك إذا كانت معتدَّة من طلاقٍ رجعيّ لا يحل لها أن تأخذ الأجرة كما لا يجوز في صلب النكاح، لأن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه.

وأما المبتوتة ففيها روايتان: في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجر، لأنها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الأجرة كما لا يحلّ للزوجة وفي رواية يجوز، لأن النكاح قد زال بالإبانة فصارت كالأجنبية.

وأما إذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع، وقال الأب: أنا أجد من يرضعه بغير أجر أو بأقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى: ﴿فإنْ تَعاسَرْتُمْ فَسترضِعُ لَهُ أُخْرى﴾[2] ولأن في إلزام الأب بما تلتمسه الأم إضراراً بالأب، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بوَلَدِه﴾[3] أي لا يضارَّ الأبُ بالتزام الزيادة على ما تلتمسه الأجنبية كذا ذكر في بعض التأويلات، ولكن ترضعه عند الأم ولا يفرق بينهما لما فيه من إلحاق الضرر بالأم والله أعلم.

فصل: وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقتٍ وتكون للرجال في وقتٍ، والأصل فيها النساء لأنهنَّ أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تُصْرَف إلى الرجال، لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر ولكل واحدٍ منهما شرطٌ فلا بدّ من بيان شرط الحضانتين ووقتهما، أما التي للنساء، فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم مَحرَم من الصغار فلا حضانةَ لبنات العم وبنات الخال وبنات

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٦).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

العمة وبنات الخالة، لأن مبنى الحضانة على بالشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة، ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم، لأنه لا أقرب منها، ثم أم الأم، ثم أم الأب، لأن الجدتين وإن استويتا في القرب لكن إحداهما من قبل الأم أولى، وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل مَنْ يدلي بقرابة الأم كان أولى، لأنها تكون أشفق ثم الأخوات فأم الأب أولى من الأخت، لأن لها ولاداً فكانت أدخل في الولاية، وكذا هي أشفق وأولى الأخوات الأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، لأن الأخت لأب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الأخت لأم بقرابة الأب، وترجح الأخت لأم، لأنها تدلي بقرابةِ الأم فكانت أولى من الأخت لأب.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة أيتهما أَولى، روي عنه في كتاب النكاح: أن الخالة أولى، وهو قول محمد وزفر، وروي عنه في كتاب الطلاق أن/ الأخت لأب أولى. [ب/١٥٠/ج]

وجه الرواية الأولى ما روي: «أَنَّ بنت حمزة لما رأت علياً رضي الله عنه تمسكتْ به وقالت ابن عمي فأخذها فاختصم فيها عليّ وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم، فقال رضي الله عنه بنتَ عمي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها عِنْدِي، وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه: بنت أخي آخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله فقضى رسول الله ﷺ بها لخالتها، وقال ﷺ: الخالةُ والدة»[1] فقد سمى الخالة والدة فكانت أولى.

وجه الرواية الأخرى: أن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد، فكانت الأخت أقرب فكانت أولى وبنت الأخت لأب وأم أولى من الخالة، لأنها من ولد الأبوين، وكذا بنت الأخت لأم لأنها من ولد الأم والخالة ولد الجد، وكذا بنت الأخت لأب أَولى من الخالة على الرواية الأخيرة، لأنها من ولد الأب والخالة ولد الجد فكانت أَولى.

وأما على الرواية الأولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها، لأنها تتقدم على أمها وهي الأخت لأب فلأن تتقدم على بنتها وهي أبعد من أمها أَولى، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ، لأن الأخ لا حقّ له في الحضانة والأخت لها حق فيها فكان ولد الأخت أولى، والخالات أولى من بنات الأخ، لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر، والخالة تدلي بقرابة الأم فكانت الخالة أولى وبنات الأخ أولى من العمات.

وإن كانت كل واحدة منهما أعني بنت الأخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الأخ أقرب لأنها ولد الأب، والعمة ولد الجد فكانت بنت الأخ أقرب فكانت أولى ثم الخالات أولى من العمات وإن تساوين في القرب. لأن الخالات يدلين بقرابة الأم فكن أشفق، وأولى الخالات الخالة لأب وأم لأنها تدلي بقرابتين ثم الخالة لأم لإدلائها بقرابة الأم ثم الخالة لأب ثم العمات.

وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق أن أم الأب أَولى من الخالة في قول أبي يوسف، وقال زفر:

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٩٨) وأبو داود (٢٢٨٠).
وأخرجه البخاري في «صحيحه» في الصلح، باب كيف يكتبُ برقم (٢٦٩٩) من حديث البراء رضي الله عنه بلفظ: «الخالة بمنزلة الأم».

الخالة أولى، وجه قول زفر قول النبي ﷺ: «الخالةُ وَالدةٌ»(١).

وجه قول أبي يوسف: أن أم الأب لها ولاد والولاية في الأصل مستفادة بالولاد وأولى العمات العمة لأب وأم، لأنها تدلي بقرابتين ثم العمة لأم لاتصالها بجهة الأم ثم العمة لأب.

وأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهنّ في الحضانة لعدم الرحم المحرم والله أعلم.

ومنها: أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير، فإن كانت فلا حق لها في الحضانة، وأصله ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أَنَّ امرأةً أتت رسولَ الله ﷺ فقالت: يا رسولَ الله إن ابني هذا كان بطني له وِعَاء وحجْري له حِوَاء وثديي له سِقَاء ويزعمُ أبوه أن ينزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: أَنْتِ أحقُّ به مِنْهُ مَا لَمْ تَنْكَحي»(٢).

وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال: «طلّق عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أمَّ ابنه عاصم رضي الله عنه فلقيها ومَعَها الصبي فنازَعَها وارتفعا إلى أبي بكرٍ الصدِّيق رضي اللَّهُ عنه فقضى أبو بكرٍ رضي اللَّهُ عَنْهُ بعاصم بن عُمَر رضي الله عنهما لأمه ما لم يَشِبَّ أو تَتزوجَ وقال: إن ريحها وفِرَاشَها خير له حتى يشبَّ أو تتزوج»(٣) وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الأب لأنه يبغضه لغيرته وينظر إليه نظر المغشي عليه من الموت ويقتّر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة، لأن المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت.

ومنها: عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة، لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع، وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعْنَ ولهنَّ أزواج، قال يضعه القاضي حيث شاء، لأنه لا حقَّ لهن فصار كمن لا قرابة له.

ومنها: أن تكون حرةً فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة الولد الحرّ، لأن الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية، فأما إذا أعتقتا فهما في الحضانة كالحرة، لأنهما استفادتا الولاية بالعتق، وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام؛ لأن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وأنه لا يختلف بالإسلام والكفر، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة، كذا ذكر في الأصل لما قلنا، وكان أبو بكر أحمد بن علي الرازي/ [١٥١/أ/ج] يقول إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا سقط حقها، لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما، والله عز وجل الموفق.

---

(١) انظر الحديث السابق.

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ١٨٢، ٢٠٣)، وأبو داؤد في «السنن» برقم (٢٢٧٦) كتاب الطلاق باب من أحق بالولد.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٥) وانظر ما قاله الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٦٦).

فصل: وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء فالأم والجدتان أحقُّ بالغلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده؛ كذا ذكر في ظاهر الرواية، وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقديراً. وذكر الخصّاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك.

وأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية.

وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تُشتهى، وإنما اختلف حكم الغلام والجارية لأن القياس أن تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعاً، لأنها ضرب ولاية، ولأنها ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال إلا أنا تركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة رضي الله عنهم لما روينا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشبّ عاصم أو تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس، ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم، والأب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهنّ وفيه ضرر،وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الأم بل تمسّ الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحماً على وضم فلا بد ممن يذب عنها، والرجال على ذلك أقدر.

وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الأخوات والخالات والعمات إذا كان الصغير عندهنّ فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو أنها تترك في أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى الأب،وإنما كان كذلك لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فتسلمها إلى الأب احترازاً عن الوقوع في المعصية.

وأما التي للرجال فأما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام إلى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية إذا كانت عند الأم أو الجدتين، وإن كانا عند غيرهنّ فما بعد الاستغناء فيهما جميعاً إلى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وإنما توقت هذا الحق إلى وقت بلوغ الصغير والصغيرة، لأن ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فللأب أن يضمه إلى نفسه ولا يخلي سبيله كيلا يكتسب شيئاً عليه وليس عليه نفقته إلا أن يتطوع، فأما إذا بلغ عاقلاً واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فلا حقّ للأب في إمساكه كما ليس له أن يمنعه من ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء، والجارية إن كانت ثيباً وهي غير مأمونة على نفسها لا يخلي سبيلها ويضمها إلى نفسه، وإن كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلي سبيلها وتترك حيث أحبت، وإن كانت بكراً لا يخلي سبيلها، وإن كانت مأمونة على

نفسها، لأنها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع.

وأما شرطها فمن شرائطها العصوبة فلا تثبت إلا للعصبة من الرجال ويتقدم الأقرب فالأقرب، الأب ثم الجد أبوه وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب إن كان الصبي غلاماً، وإن كان جارية فلا تسلم إليه، لأنه ليس بمحرم منها، لأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها.

وأما الغلام فإنه عصبة وأحق به ممن هو أبعد منه ثم عمّ الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب، ثم عم الجد لأب وأم، ثم عم الجدّ لأب، ولو كان لها ثلاثة أخوة كلهم على درجة واحدة بأن كانوا كلهم لأب وأم أو لأب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فأفضلهم صلاحاً وورعاً أَولى، فإن كانوا في ذلك سواءً فأكبرهم سناً أَولى بالحضانة، فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل/ المواضع، [ب/١٥١/ج] لأن الولاية في هذه الحالة إليه فيراعي الأصلح فإن رآه أصلح ضمها إليه وإلا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة، وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد مثل الأخ لأم والخال وأبو الأم لانعدام العصوبة.

وقال محمد: إن كان للجارية ابن عم وخال، وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي عند الخال، لأنه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والأخ من الأب أحق من الخال، لأنه عصبة وهو أيضاً أقرب، لأنه من أولاد الأب والخال من أولاد الجد.

وذكر الحسن بن زياد: أن الصبي إذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبي الأم، لأنه عصبته والأخ لأب أولى من العم، وكذلك ابن الأخ لأنه أقرب، فإن لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء، فإن الأم أولى من الخال والأخ لأم، لأن لها ولاداً وهي أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الأرحام.

ومنها: إذا كان الصغير جاريةً أن تكون عصبتُها ممن يؤتمن عليها، فإن كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته لم يكن له فيها حق، لأن في كفالته لها ضرر عليها، وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم إليهم، وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت، وإن كانت بكراً.

ومنها: اتحاد الدين فلا حق للعصبية في الصبي إلا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد، وقال هذا قول أبي حنيفة وقياسه، لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة، واختلاف الدين يمنع التعصيب.

وقد قالوا في الأخوين: إذا كان أحدهما مسلماً والآخر يهودياً والصبي يهودي إن اليهودي أولى به، لأنه عصبة لا المسلم والله عز وجل الموفق، ولا خيار للغلام والجارية إذا اختلف الأبوان فيهما قبل البلوغ عندنا، وقال الشافعي[1]: يخير الغلام إذا عقل التخيير.

(١) انظر «الأم».

واحتج بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه: «أنّ امرأةً أتتْ رسولَ اللّهِ ﷺ فقالت: زوجي يريد أن ينتزع ابنه مني وإنّه قَدْ نَفعني وسَقَاني مِنْ بئر أبي عتبَة فقال: اسقهما عليه، فقال الرجلُ: من يساقني في ابني، فقال النبي ﷺ: اخترْ أيّهما شئتَ فاختار أمَّهُ فأعطاهَا إياهُ»[1] ولأن في هذا نظر للصغير، لأنه يحتاج الأشفق.

ولنا: ما روينا عن النبي ﷺ أنه قال للأم: «أنتِ أحقُ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي»[2] ولم يخيّر ولأن تخيير الصبي ليس بحكمة، لأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولاَ يؤدّبه.

وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لأنها قالت: نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة.

ومعنى قولها: نفعني أي كسب عليَّ، والبالغ هو الذي يقدر على الكسب، وقد قيل إن بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن للصغير الاستقاء منه، فدل على أن المراد منه التخيير في حق البالغ، ونحن به نقول: إن الصبي إذا بلغ يخير.

والدليل عليه ما روي عن عمار بن ربيعة المخزومي أنه قال: «غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثاً فاخترت أمي فأبى عمي أن يرضى فوكزه عليّ رضي الله عنه بيده وضربه بدرّته وقال: لو بلغ هذا الصبي أيضاً خير»[3] فهذا يدل على أن التخيير لا يكون إلا بعد البلوغ.

فصل: وأما بيان مكان الحضانة فمكان الحضانة مكانُ الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا أنها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من إبطال حقها فضلاً عن الإخراج من البلد، وإن أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلى غيره فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد أو لم يكن، لأن عليها المقام في بيت زوجها، وكذلك إذا كانت معتدةً لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه، ولا يجوز للزوج إخراجها لقوله عز وجل: ﴿لا تُخرجوهُنَّ من بيوتهنَّ ولا يخرُجْنَ إلاّ أن يأتينَ بِفَاحِشةٍ مبيِّنة﴾[4].

وأما إذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلد فهذا على أقسام؛

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب من أحق بالولد برقم (٢٢٧٧) وأحمد في «المسند» برقم (٢/ ٤٤٧).
والنسائي في «السنن» كتاب الطلاق باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد برقم (٣٤٩٥).

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» كتاب الطلاق باب من أحق بالولد برقم (٢٢٧٦).

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» مختصراً كتاب النفقات باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج (٨/ ٤).

(٤) سورة الطلاق، الآية: (١).

إن أرادت/ [أ/١٥٢/ج] أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها إلى الشام فولدت أولاداً ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة فلها ذلك، لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضياً بالتفريق إلا أنّ النكاح ما دام قائماً يلزمها اتباعُ الزوج، فإذا زال فقد زال المانع وإن وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها بأن تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فأرادت أن تنقل ولدها إلى الكوفة لم يكن لها ذلك، لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضياً بحضانة الولد فيه فلم يكن راضياً بضرر التفريق، ولو أرادت أن تنقل الولد إلى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما إذا تزوج كوفية بالشام فنقلها إلى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها إلى الشام ليس لها ذلك، كذا ذكر في الأصل لأن ذلك البلد الذي وقع فيها النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضياً بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضياً بضرر التفريق فاعتبر في الأصل شرطين:

أحدهما: أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها.

والثاني: وقوع النكاح فيه فما لم يوجدا لا يثبت لها ولاية النقل، وروي عن أبي يوسف أن لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط. وإليه أشار محمد في «**الجامع الصغير**» فقال: وإنما أنظر في هذا إلى عقدة النكاح أين وقعت، وهكذا اعتبر الطحاوي والخصّاف اتباعاً لقول محمد في «**الجامع**» وهذا غير سديد، لأن محمداً، وإن أجمل المسألة في «**الجامع**» فقد فصلها في الأصل على الوجه الذي وصفنا، والمجمل يحمل على المفسر وقد يكون المفسر بياناً للمجمل كالنص المجمل من الكتاب والسنة إذا لحق به التفسير أنه يصير مفسراً من الأصل كذا هذا، والله عز وجل الموفق.

هذا إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة، فإن كانت قريبة بحيث يقدر الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل فلها ذلك، لأنه لا يلحق الأب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل إلى أطراف البلد.

وأما أهل السواد فالحكم في السواد كالحكم في المصر في جميع الفصول إلا في فصل واحد، وبيانه أن النكاح إذا وقع في الرستاق فأرادت المرأة أن تنقل الصبي إلى قريتها، فإن كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما في المصر لما قلنا.

وإن كان وقع في غيرها فليس لها نقله إلى قريتها ولا إلى القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما ذكرنا في المصر، وإن كانت قريبة على التفسير الذي ذكرنا فلها ذلك كما في المصر.

وإن كان الأب متوطناً في المصر فأرادت نقل الولد إلى القرية، فإن كان تزوجها فيها وهي قريتها فلها ذلك، وإن كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وإن لم تكن تلك قريتها، فإن كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما في المصر، وإن كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك.

وإن كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين، لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح في القرية والله عز وجل أعلم.

وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب، وإن كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد أن يكون زوجها مسلماً أو ذمياً، لأن في ذلك إضراراً بالصبي، لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة فيتضرر به، وإن كان كلاهما حربيين فلها ذلك، لأن الصبي تبع لهما وهما من أهل دار الحرب، والله عز وجل أعلم وهو الموفق.

كتاب الإعتاق

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في مواضع: في بيان أنواع الإعتاق، وفي بيان ركن الإعتاق، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان صفة الإعتاق، وفي بيان حكم الإعتاق، وفي بيان وقت ثبوت حكمه، وفي بيان ما يظهر به الإعتاق. أما الأول فالإعتاق في القسمة الأولى ينقسم إلى أربعة أقسام: واجب ومندوب إليه ومباح ومحظور.

[ب/١٥٢/ج] أما الواجب/ فالإعتاق في كفارة القتل والظهار واليمين والإفطار إلا أنه في باب القتل والظهار والإفطار واجب على التعيين عند القدرة عليه، وفي اليمين واجب على التخيير، قال الله تعالى في كفارة القتل والظهار: ﴿فتحرير رقبةٍ﴾[١]، وفي كفارة اليمين: ﴿أو تحريرُ رَقَبَةٍ﴾[٢] وأنه أمر بصيغة المصدر كقوله عز وجل: ﴿فَضَرْبَ الرِّقَابِ﴾[٣]، وقوله عز وجل: ﴿والوالدات يرضعن أَولادَهُنَّ﴾[٤] وقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربَّصْنَ بأنفسهن﴾[٥] ونحو ذلك.

وقال النبي ﷺ في كفارة الإفطار: «أعتق رقبةً»[٦]، وأما المندوب إليه فهو الإعتاق لوجه الله تعالى من غير إيجاب، لأن الشرع ندب إلى ذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أَيُّما مؤمنٌ أعتقَ مؤمناً في الدنيا أعتقَ اللَّهُ تَعالى بكلِ عُضْوٍ منْهُ عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّار»[٧].

وعن واثلة بن الأسقع قال: «أتينا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ في صاحبٍ لنا قد أوجب، فقال ﷺ: أعتقوا عنه يعتق اللَّهُ تَعالى بكلِ عُضْوٍ مِنْهُ عُضواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ»[٨].

وعن أبي نجيح السلمي قال: كنا مع رسول الله ﷺ بالطائف فسمعته يقول: «مَنْ رمَى بسهم في سبيلِ اللَّهِ فَلَهُ درجةٌ في الجنَّة ومَنْ شابَ شيبةً في الإسلام كَانَتْ لَهُ نُوراً يومَ القيامَةِ، وأَيُّما رجلٍ مُسْلِمٍ أعتقَ رجلاً

---

(١) سورة النساء، الآية: (٩٢).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٣) سورة محمد، الآية: (٤).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).
(٦) تقدم في الصيام.
(٧) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الكفارات الأيمان باب قول الله تعالى: ﴿أو تحرير رقبة﴾ برقم (٦٧١٥)، ومسلم في «صحيحه» كتاب العتق باب فضل العتق برقم (١٥٠٩).
(٨) أخرجه أحمد في «المسند» برقم (٣/ ٤٩٠) (٤/ ١٠٧). وأبو داود (٣٩٦٤) من «السنن» كتاب العتق باب في ثواب العتق.

مسلماً كانَ بِهِ وقاءُ كل عظم من عظام محرَّرة من النار، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأةً مسلمةً كَانَ بِهَا وقاءُ كلِّ عظمٍ مِنْ عظام محررتها من النار»[1].

وعن البراء بن عازب قال: «جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله علِّمْني عَملاً يُدْخِلُني الجنَّةَ، فقال ﷺ: أعتقْ النَسمَةَ وفُكَّ الرقبةَ فقال: أَوَ لَيْسا واحداً؟ فقال ﷺ لا: عِتْقَ النَّسمةِ أَنْ تنفرد بِعتْقِهَا وفَكَّ الرَّقَبَة أَنْ تُعينَ في إفكاكِهَا»[2] وفي بعض الروايات أن تعين في ثمنها.

وأما المباح فهو: الإعتاق من غير نية لوجود معنى الإباحة فيه وهي تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعاً.

وأما المحظور فهو: أن يقول لعبده أنت حر لوجه الشيطان ويقع العتق لوجود ركن الإعتاق وشرطه.

وقوله: لوجه الشيطان لبيان الغرض ونقسمه أيضاً أقساماً أخر نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما ركن الإعتاق فهو اللفظ الذي جعل دلالة على العتق في الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه إلى بيان الألفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة إما مع النية أو بدون النية وإلى بيان ما لا يثبت به العتق من الألفاظ رأساً.

أما الأول: فالألفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة فتنقسم ثلاثة أقسام: صريح، وملحق بالصريح، وكناية.

أما الصريح: فهو اللفظ المشتق من العتق أو الحرية أو الولاء نحو قوله: أعتقتك أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أنت مولاي، لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع، وهذه الألفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلا شك فيه، لأنه لا يستعمل إلا في العتق فكان ظاهر المراد عند السامع فكان صريحاً فلا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق إذ النية لتعيين المحتمل، وأما لفظ الولاء فالمولى وإن كان من الألفاظ المشتركة في الأصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فإنه يقع على الناصر، قال الله تعالى: ﴿ذلك بأَنّ اللَّهَ مَوْلَى الذيْنَ آمَنُوا وأَنَّ الكافِرِينَ لا مَوْلَى لَهُمْ﴾[3]، ويقع على ابن العم، قال الله تبارك وتعالى خبراً عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام: ﴿وإني خِفْتُ المَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾[4] ويقع على المعتِق والمعتَق لكن ههنا لا يحتمل معنى للناصر، لأن المولى لا يستنصر بعبده ولا ابن العم إذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق إذ العبد لا يعتق مولاه فتعيَّن المعتق مراداً به واللفظ المشترك يتعيَّن بعضُ الوجوه الذي يحتمله مراده بدليل معيِّن فكان صريحاً في العتق فلا يحتاج إلى النية كقوله أنت حر أو عتيق، وكذا إذا ذكر هذه الألفاظ بصيغة النداء بأن قال: يا حُرّ يا عَتِيق يا معتق، لأنه

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» برقم (٤/ ٣٨٦).
وعبد بن حميد في «مسنده» برقم (٢٩٨).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» برقم (٤/ ٢٩٩) والبخاري في «الأدب المفرد» برقم (٦٩).

(٣) سورة محمد، الآية: (١١).

(٤) سورة مريم، الآية: (٥).

ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعاً للعتق والحرية، ولا يعتبر المعنى بالموضوعات فيثبت العتق من غير نية كقوله أنت حرّ أو عتيق أو معتق.

وذكر محمد: أنه لو كان اسم العبد حراً وعرف بذلك الاسم، فقال له يا حرّ لا يعتق، لأنه إذا كان مسمى بذلك الاسم معروفاً به لندائه يحمل على الاسم العلم لا على الصفة فلا يعتق، وكذا إذا قال له يا مولاي يعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يعتق من غير نية.

[١/١٥٣/ج] وجه قوله: أن قوله: يا مولاي يحتمل للتعظيم، /ويحتمل العتق فلا يحمل على التحقيق إلا بالنية كقوله: يا سيدي ويا مالكي.

ولنا: أن النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد وإكرامه عادة وإنما يراد به الإعتاق فيحمل عليه كأن قال أنت مولاي، ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا، بخلاف قوله: يا سيدي ويا مالكي، لأن هذا قد يذكر على وجه التعظيم والإكرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة، وعلل محمد لهذا فقال لأنا إنما أعتقناه في قوله: يا مولاي لأجل الولاء لا لأجل الملك، ومعناه ما ذكرنا، والله عز وجل أعلم.

ولو قال في شيء من هذه الألفاظ من قوله: أعتقتك أو نحوه: عنيت به الخبر كذباً لا يصدَّقُ في القضاء لعدوله عن الظاهر، لأنه يستعمل في إنشاء العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الأخبار، فإن العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة، وفي الحمل على الخبر حمل على الكذب، وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق في القضاء كما لو قال لامرأته طلقتك ونوى به الإخبار كذباً لا يصدق في القضاء ويصدق به فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه نوى ما يحتمله كلامه، لأنه يحتمل الإخبار، وإن كان إرادته الخبر خلاف الظاهر.

ولو قال: عنيت به أنه كان خبراً، فإن كان موكداً لا يصدق أصلاً، لأنه كذب محض، وإن كان إنشاءاً لا يصدق قضاءاً، لأن الظاهر إرادة الإنشاء من هذه الألفاظ فلا يصدّق في العدول عن الظاهر ويصدق ديانةً لأن اللفظ يحتمل الإخبار عن الماضي.

ولو قال: أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عَتَق في القضاء، لأن العتق بالنسبة إلى الأعمال والأزمان لا يتجزأ لاستحالة أن يعتق اليوم ويسترق غداً أو يعتق في عمل ويرق في عمل فكان الإعتاق في عمل دون عملٍ، وفي زمان دون زمان إعتاقاً من الأعمال كلها، وفي الأزمان بأسرها، فإذا نوى بعض الأعمال والأزمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وكذا إذا قال أنت مولاي وقال عنيت به الموالاة في الدين لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر إذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهراً ويصدق ديانةً، لأن اللفظ يحتمل ما نوى.

ولو قال: ما أنت إلا حر عتق، لأن قوله ما أنت إلا حرٌ آكد من قوله أنت حر؛ لأنه إثبات بعد النفي كقولنا لا إله إلا الله.

ولو قال: أنت حر لوجه الله تعالى عتق، لأن اللام في قوله لوجه الله تعالى لام الغرض فقد نجّز الحرية وبين أن غرضه من التحرير وجه الله عز وجل، وكذا لو قال لعبده: أنت حر لوجه الشيطان عتق، ذكره محمد في الأصل لأنه أعتقه بقوله: أنت حر وبين غرضه الفاسد من الإعتاق فلا يقدح في العتق، ولو دعى عبده سالماً فقال يا سالم فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نيةَ له عتق الذي أجابه، لأن قوله أنت حر خطاب والمتكلم أولى بصرف الخطاب إليه من الساكت.

ولو قال: عنيت سالماً عُتقا في القضاء، أما مرزوق فلأن الإشارة مصروفة إليه لما بيّنا فلا يصدق في أنه ما عناه، وأما سالم فبإقراره، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يعتق الذي عناه خاصة، لأن الله تعالى يطلع على سره. ولو قال يا سالم أنت حر فإذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالم، لأنه لا مخاطب ههنا إلا سالم فيصرف قوله أنت حر إليه والله عز وجل أعلم.

وأما الذي هو ملحق بالصريح فهو أن يقول لعبده وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك ويعتق سواء قبل أو لم يقبل، نوى أو لم ينو، لأن الإيجاب من الواهب أو البائع إزالة الملك من الموهوب أو المبيع وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما وههنا لا يثبت للعبد في نفسه، لأنه لا يصلح مملوكاً لنفسه فتبقى الهبة والبيع إزالة الملك عن الرقيق لا إلى أحد، وهذا معنى الإعتاق، ولهذا لا يفتقر إلى القبول فلا يحتاج إلى النية أيضاً، لأن اللفظ صريح في الدلالة على زوال الملك عن الموهوب والمبيع، والإعتاق إزالة الملك وقد قال أبو حنيفة إذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أي لا أعتقه لم يصدق في القضاء، لأن الهبة وضعت لإزالة الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه نوى ما يحتمله كلامه.

وروي عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت/ مولى فلان أو عتيق فلان أنه يعتق في القضاء، لأنه [ب/١٥٣/ج] أخبر أنه معتق فلان ولا يكون معتق فلان إلا وأن يكون مملوكاً لفلان فأعتقه فإن أعتقك فلان فليس بشيء، لأن قوله أعتقك فلان يحتمل أنه أراد أن فلاناً أنشأ العتق فيك ولا يكون ذلك إلا بعد الملك، ويحتمل أنه أراد به أنه قال لك للحال: أنت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله أعلم.

ومن هذا القبيل إذا اشترى أباه أو أمَّه أو ابنَه عتق عليه نوى أو لم ينو عند عامة العلماء، لأن شراءه جعل إعتاقاً شرعاً حتى تتأدى به الكفارة إذا اشترى أباه ناوياً عن الكفارة في قول أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر والشافعي[1]، وعند مالك: لا يعتق إلا بإعتاق مبتدأ.

والأصل: أن كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية أو بالإرث يعتق عليه، وقال مالك: لا يعتق ما لم يعتقه، وقال الشافعي[2]: لا يعتق بالملك إلا مَنْ له ولاد، فأما من لا ولاد له فلا يعتق إلا بإعتاق مبتدأ.

---

(١) انظر «الأم» (٨/ ١٣).
(٢) انظر «الأم» (٨/ ١٤).

أما مالك فإنه احتج بما روى أبو داود في سننه بإسناده عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَنْ يَجزي وَلَدٌ وَالِدَه إلا أنْ يَجِدَهُ مَملوكاً فيشتريهُ فيعتقَهُ»[١]، حقق ﷺ الإعتاق عقيب الشراء، ولو كان الشراء نفسه إعتاقاً لم يتحقق الإعتاق عقيبه لأن إعتاق المعتق لا يتصور فدل أن شراء القريب ليس بإعتاق، لأن الشراء إثبات الملك، والإعتاق إزالة الملك وبينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد إثباتاً وإزالة.

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحرمٍ مِنْهُ فَهو حرّ»[٢].

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال له ﷺ: «إنَّ اللّهَ تَعَالى قَدْ أَعْتَقَه»[٣]، والحديثان حجة على مالك والشافعي، ومعنى قول النبي ﷺ في حديث أبي هريرة فيعتقه أي تعتقه بالشراء، يحمل على هذا عملاً بالأحاديث كلها صيانة لها عن التناقض.

وأما قوله: الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالة الملك فنعم ولكن الممتنع إثبات حكم وضده بلفظ واحد في زمان واحد، وأما في زمانين فلا، لأن علل الشرع في الحقيقة دلائل وأعلام على المحكومات الشرعية فيجوز أن يكون لفظ الشراء السابق علماً على ثبوت الملك في الزمان الأول وذلك اللفظ بعينه علماً على ثبوت العتق في الزمان الثاني إذ لا تنافي عند اختلاف الزمان.

وأما الكلام مع الشافعي فمبنيٌّ على أن القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهي قرابة الأخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها، وعلى هذا يبني وجوب القطع بالسرقة ووجوب النفقة في هذه القرابة أنه لا يقطع، ويجب النفقة عندنا خلافاً له[٤]، ولا خلاف في أن قرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف أيضاً في أن القرابة التي لا تحرم النكاح كقرابة بني الأعمام غير محرمة القطع، فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بني الأعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد.

وجه قوله: أن العتق إنما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية للصلة، والإحسان إلى القريب والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت إلا بأعلى القرابات وهي قرابة الوِلاد لما فيها من الجزئية والبعضية ولا يوجد ذلك في هذه القرابة فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيدة وهي قرابة بني الأعمام، ولهذا ألحق بها في كثير من الأحكام وهي جريان القصاص في النفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستئجار ونكاح الحليلة وعدم التكاتب.

ولنا: أن قرابة الوِلاد إنما أوجبت العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وإبقاء الملك في القريب

---

(١) أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب العتق باب فضل عتق الوالد برقم (١٥١٠).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» برقم (٥/ ٢٠).

وأبو داود في «السنن» كتاب العتق باب فيمن ملك ذا رحم برقم (٣٩٤٩) والترمذي في «السنن» كتاب الأحكام باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم برقم (١٣٦٥) وأخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب العتق باب من ملك ذا رحم محرم برقم (٢٥٢٤) والحاكم في «المستدرك» كتاب العتق باب من ملك ذا رحم محرم وصححه وأقره الذهبي (٢/ ٢١٤).

(٣) أخرجه الدارقطني في «السنن» كتاب المكاتب رقم (١٥) (٤/ ١٢٩) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٩٠).

(٤) انظر «المجموع» (٢٠/ ١٨٩) مع تكملة المطيعي.

يفضي إلى قطع الرحم، لأن الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشة وأنها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم وشرع السبب المفضي إلى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعاً للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة، لأنه لم يشرع بقاؤه في المسلم والذمي إلا لأجل الملك المحترم للمالك المعصوم وإذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة المُحَرَّمَة للنكاح محرِّمة القطع، لأن النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة أو مطلقة، قال الله تبارك وتعالى: ﴿واتَّقُوا اللَّهَ الذي تَسَاءَلُونَ بِهِ/ [أ/١٠٤/ج] والأَرْحَامَ﴾[١]، معناه واتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الأرحامَ فلا تقطعوها، ويحتمل أن يكون معناه: واتقوا الله وصلوا الأرحامَ، وقد روي في الأخبار عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**صِلُوا الأرحامَ فإنه أبقى لكم في الدنيا وخيرٌ لكم في الآخِرَة**»[٢]، والأمر بالوصل يكون نهياً عن القطع، لأنه ضده؛ والأمر بالفعل نهيٌ عن ضده.

وروي عنه ﷺ أنه قال: «**الرَّحِمُ شجنة مِنَ اللَّهِ تعَالى معلقةٌ بالعَرشِ تقولُ يا ربُ هذا مقامُ العائذِ بك قطعت ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى: أما يكفيك أني شققتُ لك اسماً من اسمي أنا الرحمن وأنت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته**»[٣] ومثل هذا الوعيد لا يكون إلا بارتكاب المحرم، فدل أن قطع الرحم حرام، والرحم هو القرابة سميت القرابة رحماً اما باعتبار أن الرحم مشتق من الرحمة كما جاء في الحديث، والقرابة سبب الرحمة والشفقة على القريب طبعاً، وإما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى بالرحم محل السبب الذي يتعلق به وجود القرابات فكان كل قرابة أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص إلا ما خصّ أو قيد بدليل ثم نخرج الأحكام أما جريان القصاص فلا يفضي إلى قطع الرحم، لأن القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف إلى الفاعل فكان الأخ القاتل أو القاطع هو قاطع الرحم فكأنه قتل نفسه أو قطع طرفَه باختياره، وكذا الحبس بالدين لأنه جزاء المطل الذي هو جناية فكان مضافاً إليه.

وأما الإجارة فهي عقد معاوضةٍ وهو تمليك المنفعة بالمال وأنه حصل باختياره فلا يفضي إلى القطع إلا أنه لا يجوز استئجار الأب ابنه في الخدمة التي يحتاج إليها الأب لا لأنه يفضي إلى قطيعة الرحم بل لأن ذلك يستحق على الابن شرعاً فلا يجوز أن يستحق الأجر في مقابلته فلا يدخل في العقد، ولو استأجر الابن أباه يصح ولكن يفسخ احتراماً للأب، ونحن نسلم أن للأب زيادة احترام شرعاً يظهر في حق هذا، وفي حق القصاص والحبس ولا كلام فيه.

وأما نكاح الحليلة؛ فإنه وإن كان فيه نوع غضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فلأن الجمع بين الأختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الأخت بعد طلاق أختها وانقضاء عدتها، وإن كان لا يخلو عن نوع غضاضة.

وأما التكاتب: فعند أبي يوسف ومحمد: يتكاتب الأخ كما في قرابة الولاد وعن أبي حنيفة فيه

---

(١) سورة النساء، الآية: (١).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» برقم (٢٠٢٣١).
وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» كتاب البر والإحسان باب صلة الرحم وقطعها (٢/ ٤٤٠) بمعناه.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٩٥)، والبخاري في «صحيحه» كتاب الأدب باب من وصل وصله الله رقم (٥٩٨٨).

روايتان ثم نقول: عدم تكاتب الأخ لا يفضي إلى قطيعة الرحم لأن ملكه لا يصلح للتكاتب، لأنه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق، فإذا لم يتكاتب عليه لم يقدر الأخ على إزالة الذل عنه وهو الملك فلا يفضي إلى الغضاضة بخلاف الولد، لأن ملك المكاتب وإن كان ضرورياً لم يشرع إلا في حق حرية نفسه لكن حرية أبيه وابنه في معنى حرية نفسه، لأن المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عز وجل أعلم.

وسواء كان المالك لذي الرحم المحرم بالغاً أو صبياً عاقلاً أو مجنوناً يعتق عليه إذا ملكه لعموم قوله ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحرمٍ منه فهُوَ حُرٌّ»[1] ولأنه علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضي أن كل من كان من أهل الملك كان من أهل هذا الحكم والصبي والمجنون من أهل الملك فكانا من أهل هذا الحكم فإن قيل إن الصبي العاقل إذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب إعتاق عند أصحابنا حتى تتأدى به الكفارة والصبي وإن كان عاقلاً فليس من أهل الإعتاق فينبغي أن لا يعتق أو لا يكون الشراء إعتاقاً، قيل إن كون شراء الأب إعتاقاً عرفناه بالنص وهو ما رويناه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد، وقد قام الدليل على أن الصبي ليس بمراد، لأنه ليس من أهل الإعتاق فلا يكون الشراء من الصبي وإن كان عاقلاً إعتاقاً بل يكون تمليكاً فقط فيعتق عليه بالملك شرعاً لقول النبي ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحَرمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ»[2] لا بالإعتاق ولو ملك حليلَة ابنِهِ أو منكوحة أبيه أو أمه من الرضاع لا يعتق عليه.

وكذا إذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنتها أو ابن الخال أو الخالة أو بنتيهما لا يعتق، لأن شرط العتق ملك ذي رحم محرم فلا بد من وجودهما أعني الرحم المحرم ففي الأول وُجِدَ المحرم بلا رحم وفي الثاني/ [ب/١٥٤/ج] وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق. وأهل الإسلام وأهل الذمة في ذلك سواء لاستوائهم في حرمة قطع الرحم وأهلية الإعتاق وأهلية الملك، ولعموم قوله ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحرمٍ فَهو حُرٌ»[3] وولاء المعتَق لمن عتَق عليه لأن العتق إن وقع بالشراء فالشراء إعتاق.

وقد قال النبي ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[4] وإن وقع بالملك شرعاً فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له، ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه والأمة لغير الأب جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الأمة ولا يجوز بيعها قبل أن تضع وله أن يبيعها إذا وضعت.

أما جواز الشراء فلا شكّ فيه، لأن شراء الأخ جائز كشراء الأب وسائر ذوي الرحم المحرم.

وأما عتق الحمل فلأنه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الأم عليه لأنها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما. يحققه أنه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٤٢، ١٧٠،..) والبخاري في «صحيحه» كتاب المكاتب باب بيع المكاتب إذا رضي رقم (٢٥٦٤) والبيهقي (١٠/ ٣٣٧).

وأما عدم جواز بيعها مادام الحمل قائماً فلأن في بطنها ولداً حراً، ولأن بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز.

ألا ترى أنه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع، فإذا كان الولد حراً والحر لا يكون محلاً للبيع يصير كأنه استثنى الولد، وإذا وضعت جاز بيعها، لأن المانع قد زال، وإذا ملك شقصاً من ذي رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك في قول أبـي حنيفة. وعند أبـي يوسف ومحمد وزفر يعتق كله كما لو أعتق شقصاً من عبد له أجنبـي؛ لأن العتق يتجزأ عنده، وعندهم لا يتجزأ.

ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه فهذا لا يخلو إما إن ملكاه بسبب لهما فيه صنيع، وإما إن ملكاه بسبب لا صنيع لهما فيه، فإن ملكاه بسبب لهما فيه صنع بأن ملكاه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيئاً موسراً كان أو معسراً في قول أبـي حنيفة ولكن يسعى له العبد في نصيبه. وعند أبـي يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه إن كان موسراً.

وعلى هذا الخلاف إذا باع رجل نصف عبده من ذي رحم محرم من عبده أو وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البائع عند أبـي حنيفة موسراً كان القريب أو معسراً ولكن يسعى العبد في نصف قيمته للبائع، وعندهما يضمن إن كان موسراً، وإن كان معسراً يسعى العبد.

ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له: إن ملكته فهو حر ثم اشتراه الحالف وغيره صفقة واحدة؛ ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه في قول أبـي حنيفة، وعندهما يضمن، وذكر الكرخي أني لا أعرف الرواية في هذه المسألة.

وأجمعوا على أن العبد إذا كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه أن المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت إن كان موسراً ولا يضمن البائع شيئاً.

والكلام في هذه المسائل بناء على أن الإعتاق يتجزأ عند أبـي حنيفة، وعندهما لا يتجزأ، ووجه البناء على هذا الأصل أن الإعتاق لما لم يكن متجزئاً عندهما وشراء القريب إعتاق، فكان شراء نصيبه إعتاقاً لنصيبه وإعتاق نصيبه إعتاق لنصيب صاحبه فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر.ولما كان متجزئاً عنده كان شراء نصيبه إعتاقاً لنصيبه خاصةً فلم يكن إفساداً لنصيب شريكه ولا تمليكاً لنصيبه أيضاً، لأن ذلك ثبت لضرورة تكميل الإعتاق لضرورة عدم التجزئة، فإذا كان متجزئاً عنده فلا ضرورة إلى التكميل فلا حاجة إلى التمليك.

والدليل عليه:أنه لا ضمان إذا كان معسراً وضمان الإتلاف والتمليك لا يسقط بالإعسار، وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق إلا أنا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفاً للأصول بالنص نظراً للشريك الساكت وهو مستحق للنظر إذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الإعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وههنا وجد لأن كل واحد من المشتريين راضٍ بشراء صاحبه وكيف لا يكون راضياً به وأن شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو أوجب البائع لهما فقبل أحدهما دون صاحبه لم يصح.

وكذا البائع نصف عبده من ذي رحمٍ محرم راضٍ بشرائه ومن رضي بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقي الحكم فيها على الأصل بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذي رحم محرم منه، لأن هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلاً حتى يوجب سقوط حقه في الضمان فكان في معنى المنصوص عليه/ فيلحق به، ثم وجه الكلام لأبي حنيفة على [١٥٥/أ/ج] طريق الابتداء أنه وإن سلم أن شراء نصيبه إعتاق لنصيبه وإفساد لنصيب شريكه لكن هذا إفساد مرضي به من جهة الشريك لأنه رضي بشراء نفسه وإثبات الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لأن الخلاف فيما إذا أوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب إذ البائع ما رضي إلا به.

ألا ترى أنه لو قال: بعت منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يصح البيع فكان الرضا بشراء نفسه رضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب إفساداً لنصيب الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما إذا كان العبد مشتركاً بين اثنين، فقال أحدهما لصاحبه: أعتق نصيبك أو رضيت بإعتاق نصيبك فأعتق لا يضمن كذا هذا.

فإن قيل: هذه النكتة لا تتمشى في الهبة فإن أحدهما إذا قبل الهبة دون الآخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة في نصيبه رضاً بقبول صاحبه فلم يكن هذا إفساداً مرضياً به من جهة الشريك، وكذا لا تتمشى فيما إذا لم يعلم الشريك الأجنبي أن شريكه قريب العبد، لأنه إذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء الشريك إعتاقاً لنصيبه فلا يعلم كونه إفساداً لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالإفساد لأن الرضا بالشيء بدون العلم به محال.

فالجواب: أن هذا من باب عكس العلة، لأنه أراه الحكم مع عدم العلة. وهذا تفسير العكس، والعكس ليس بشرط في العلل الشرعية لجواز أن يكون لحكم واحد شرعي علل فنحن نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا ونبقيه في غيره بعلة أخرى. ثم نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وإن لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر، حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما إذا قبلا جميعاً كان قبولهما بمنزلة شيء واحد، لأنه جواب إيجاب واحد. مثاله إذا قرأ المصلي آية واحدة قصيرة أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز، ولو قرأ عشر آيات أو أكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل كآية واحدة كذا هذا.

وأما فصل العلم فتخريجه على جواب ظاهر الرواية وهو: أن عند أبي حنيفة لا يجب الضمان سواءً عَلِم أو لم يعلم، وعندهما يجب علم أو لم يعلم نص عليه في «**الجامع الصغير**».

أما على أصلهما فظاهر لأن الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهل أَولى.

وأما على أصل أبي حنيفة فلأن سقوط ضمان الإتلاف عند الإذن والرضا به لا يقف على العلم، فإن من قال لرجل كل هذا الطعام والآذن لا يعلم أنه طعام نفسه فأكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وإن لم يعلم به، وهذا لأن حقيقة العلم ليست بشرط في بناء الأحكام عليها، بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق

الموصول إليه ويقام ذلك مقام حقيقة العلم كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم ههنا في يده وهو السؤال والفحص عن حقيقة الحال، فإذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان.

وروى بشر عن أبـي يوسف: أنه فصل بين العلم والجهل فقال إن كان الأجنبـي يعرف ذلك فإن العبد يعتق ويسعى للأجنبي في قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف، وإن كان لا يعلم فهو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء تمَّ عليه، وهذا قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف.

ووجه هذه الرواية: أن الشراء مع شركة الأب عيب فكان بمنزلة سائر العيوب أنه إن علم به المشتري يلزمه البيع كما في سائر العيوب.

وإن لم يعلم به لم يلزمه مع العيب وإذا لم يلزمه العقد في حق أحد الشريكين لم يلزم في حق الآخر فلا يعتق العبد ويثبت للمشتري حق الفسخ.

وذكر في «**الجامع الصغير**»[1] لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد النصف الباقي وهو موسر فالمشتري بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين أعتقه أحدهما فالمشتري بالخيار، لأنه لم يوجد من المشتري الأجنبـي ما هو دليل الرضا في سقوط الضمان عن الأب فلا يسقط.

وروي عن أبـي يوسف أنه قال: لو أن عبداً اشترى نفسه هو وأجنبـي من مولاه فالبيع باطل في حصة الأجنبـي، لأنه اجتمع العتق والبيع في عقد واحد في زمان واحد، لأن بيع نفس العبد منه إعتاق على مال فلا يصبح البيع بخلاف الرجلين اشتريا ابن أحدهما أنه يصح. وإن اجتمع الشراء والعتق في عقدٍ واحد لأن شراء القريب تملك في الزمان الأول وإعتاق في الزمان الثاني وأنه جائز لما بينا.

وروي عن/ أبـي يوسف أنه قال: إذا قال: إن ملكت من هذا العبد شيئاً فهو حُرّ ثم اشتراه الحالف [ب/١٥٥/ج] وأبوه صفقة واحدة عتق على الأب وهذا على أصله لأن العتق عنده لا يتجزأ، وقد اجتمع للعتق سببان القرابة واليمين إلا أن القرابة سابقة على اليمين. فإذا ملكاه صار كأن عتق الأب أسبق فيعتق النصيبان عليه، ولهذا قال في رجل قال: إن اشتريت فلاناً أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أنه ابنه ثم اشترياه عتق عليهما ونصف ولائه للذي أعتقه وهو ابن للذي ادعاه، لأن النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولاؤه بينهما لأنه عتق عليهما والولاء للمعتق.

وإن ملك اثنان ذا رحم محرم من أحدهما بسبب لا صنع لهما فيه بأن ورثا عبداً وهو قريب أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه في قولهم جميعاً لأن العتق ههنا ثبت بالملك شرعاً من غير إعتاق من جهة أحد من العباد إذ لا صنع لأحد من العباد في الإرث ووجوب الضمان على المرء يعتمد شرعاً صنعاً من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق.

ومن هذا القبيل ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو: إما أن يكون على وجه الصفة، وإما أن يكون على

(١) تقدم الكلام عنه.

سبيل الفداء، فإن ذكرها على طريق الصفة بأن قال لمملوكه هذا ابني فهو لا يخلو إما إن كان يصلح ابناً له بأن كان يولد مثله لمثله وإما إن كان لا يصلح ولا يخلو إما إن كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فإن كان يصلح ابناً له، فإن كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالإجماع، وإن كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا، وعند الشافعي: لا يثبت العتق.

والأصل عنده: أن العتق بناء على النسب، فإن ثبت النسب ثبت العتق وإلا فلا، وإن كان لا يصلح ابناً له فلا يثبت النسب بلا شك وهل يعتق، قال أبو حنيفة: يعتق سواء كان مجهول النسب، أو معروف النسب، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق، والأصل عندهما أن العتق مبني على تصور النَّسب واحتمال ثبوته فإن تصور ثبوته ثبت العتق وإلا فلا.

والأصل عند أبي حنيفة: أن ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب، ولا على قصور ثبوته، وكذلك لو قال لمملوكته: هذه بنتي فهو على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في الابن.

وجه قولهم: أن العتق لو ثبت لا يخلو: إما إن ثبت ابتداء أو بناء على ثبوت النسب لا وجه للأول، لأنه لم يوجد الإعتاق ابتداء ولا سبيل للثاني، أما عند الشافعي فلأن النسب لم يثبت في المسألتين جميعاً فلا يثبت العتق بناء عليه، وأما عندهما فلأن في المسألة الثانية لا يتصور ثبوت النسب فلا يثبت العتق، وفي المسألة الأولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بناء على النسب الظاهر فيعتق.

ولأبي حنيفة: أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد ما أمكن لاعتبار عقله ودينه دلالة وأمكن تصحيح هذا الكلام من وجهين: الكناية والمجاز أما الكناية فلوجود طريق الكناية في اللغة وهو الملازمة بين الشيئين أو المجاورة بينهما غالباً على وجه يكون بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء وتكون الكناية كالتابع للمكني والمكني هو المقصود فيترك اسم الأصل صريحاً ويكنى عنه باسم الملازم إياه التابع له كما في قوله عز وجل ﴿**أو جاء أحد منكم من الغائط**﴾ والغائط اسم للمكان الخالي المطمئن من الأرض كنى به عن الحدث لملازمة بين هذا المكان وبين الحدث غالباً وعادة إذ العادة أن الحدث يوجد في مثل هذا المكان تستراً عن الناس.

وكذا الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث إذ الاستنجاء طلب النجو والاستجمار طلب الجمار، وكذا العرب تقول ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم أي نطأ المطر إذ المطر ينزل من السماء ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة في الملك ملازمة للحرية فجاز أن يكنى بقوله هذا ابني عن قوله هذا معتقي وذكر الصريح والكناية في الكلام سواء، ولو صرح فقال: هذا معتقي عتق فكذا إذا كنى به.

وأما المجاز فلأن من طرقه المشابهة بين الذاتين في المعنى الملازم المشهور في محل الحقيقة فيطلق [١٥٦/أ ج] اسم المستعار عنه على المستعار له لإظهار المعنى الذي هو ظاهر/ في المستعار عنه خفي في المستعار له كما في الأسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق ههنا من وجهين:

أحدهما: أن الابن في اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكر والأنثىٰ وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعماً عليه من جهة الأب بالإحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية، والمعتق منعم عليه من جهة المعتق إذ

الإعتاق إنعام على المعتق، وقال الله عز وجل: ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه﴾ قيل في التفسير: أنعم الله تعالى عليه بالإسلام وأنعمت عليه بالإعتاق فكان بينهما مشابهة في هذا المعنى وأنه معنى لازم مشهور فيجوز إطلاق اسم الابن على المعتق مجازاً لإظهار نعمة العتق كإطلاق اسم الأسد على الشجاع والحمار على البليد.

والثاني: أن بين معتق الرجل وبين ابنه الداخل في ملكه مشابهة في معنى الحرية وهو معنى لازم للابن الداخل في ملكه بحيث لا ينفك عنه وأنه مشهور فيه فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة، وقد خرج الجواب عن قولهم: إن العتق إما إن ثبت ابتداء أو بناء على النسب لأنا نقول ابتداء لكن بأحد الطريقين وهو الكناية أو المجاز على ما بينا، ولا يلزم على أبـي حنيفة ما إذا قال لامرأته: هذه بنتي ومثله لا يلد مثلها أنه لا تقع الفرقة بينهما، لأن إقراره بكونها بنتاً له نفي النكاح لأجل النسب، وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفي النكاح، فأما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت النسب.

والدليل على التفرقة بين المسألتين أنه لو قال لزوجته وهي معروفة النسب من الغير هذه بنتي لم تقع الفرقة.

ولو قال لأمته: هذه بنتي وهي معروفة النسب تعتق وما افترقا إلا لما قلنا، وكذا لو قال لزوجته: هذه بنتي وهي تصلح بنتاً له، ثم قال: أوهمت أو أخطأت لا تقع الفرقة.

ولو قال لأمته: هذه بنتي وهي تصلح بنتاً له، ثم قال أوهمت أو أخطأت يقع العتق فدل على التفرقة بينهما، وكذلك لو قال: هذا أبـي فإن كان يصلح أبا له وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف، وإن كان يصلح أباً له ولكن للقائل أب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا خلافاً للشافعي[1]. وإن كان لا يصلح أباً له لا يثبت النسب بلا شك، ولكن يعتق عند أبـي حنيفة، وعندهما لا يعتق.

وكذلك لو قال: هذه أمي فالكلام فيه كالكلام في الأب، وأما الكلام في الحرية بأن كان المملوك أمة ففي كل موضع يثبت النسب تثبت الحرية وإلا فلا، ولو قال لعبده. هذه بنتي أو قال لأمته:هذا ابني اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يعتق، وقال بعضهم: لا يعتق.

ولو قال لمملوكه: هذا عمي أو خالي يعتق بلا خلاف بين أصحابنا، ولو قال هذا أخي أو أختي ذكر في «**الأصل**» أنه لا يعتق بخلاف قوله: هذا ابني أو أبـي أو عمي أو خالي، وروى الحسن عن أبـي حنيفة أنه يعتق كما في قوله عمي أو خالي وجه هذه الرواية أنه وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه فيعتق عليه كما إذا قال هذا عمي أو خالي.

وجه رواية «**الأصل**»: أن قوله: هذا أخي يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الإكرام والتخفي به، لأنه يستعمل في ذلك عرفاً وشرعاً. قال الله تعالى: ﴿فإنْ لَمْ تعلَمُوا آباءَهُم فإخوانُكُم في الدّين ومواليْكُم﴾[2] فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم فإنه لا يستعمل في الإكرام عرفاً وعادة فلا يقال هذا

---

(١) انظر «مختصر المزني» ص ٣١.
(٢) سورة الأحزاب، الآية: (٥).

خالي أو عمي على إرادة الإكرام فكان ذكره للتحقيق، وبخلاف قول هذا ابني أو هذا أبي لأنه لا يستعمل في الإكرام عرفاً وشرعاً، وقد منع الشرع من ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أدعياءَكُمْ أبناءَكُمْ﴾[(١)] وقال سبحانه وتعالى: ﴿آدْعوهم لآبائهم هُوَ أقسطُ عِنْدَ اللَّهِ فإنْ لَمْ تعلموا آباءَهم فإخوانُكم في الدين ومواليْكم﴾[(٢)].

وروي أنهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيدَ بن محمد فنزل قوله تعالى: ﴿ما كان محمدٌ أبا أحدٍ من رجالكم ولكن رسولَ اللَّهِ وخاتَمَ النبيين﴾[(٣)] فكفوا عن ذلك، وإن لم يكن مستعملاً في الإكرام يحمل على التحقيق.

وأما النداء فهو أن يقول: يا ابني، يا أبي، يا ابنتي، يا أمي، يا خالي، يا عمي، أو يا أختي، أو يا أخي على رواية الحسن لا يعتق في هذه الفصول، لأن الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار المُنادَى لا تحقيق معنى الاسم فيه إلا إذا كان الاسم موضوعاً له على ما بينا فاحتمل أنه أراد به النداء على طريق الإكرام دون تحقيق العتق فلا يحمل على العتق من غير نية.

ولو قال لعبده يا ابن أو لأمته: يا ابنة لا يعتق لعدم الإضافة إلى نفسه، ولو قال: يا بني أو يا بنية يعتق لوجود الإضافة.

وأما الكناية: فنحو قوله: لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك أو خليت سبيلك أو خرجت من ملكي، فإن نوى العتق يعتق وإلا فلا، لأن كل واحدة من هذه الألفاظ يحتمل العتق، ويحتمل غيره، فإن قوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة/ [ب/١٥٦/ج] أي ليس لي عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة، ويحتمل لا سبيل لي عليك لأني كاتبتك فزالت يدي عنك، ويحتمل لا سبيل لي عليك لأني أعتقتك فلا يحمل على العتق إلا بالنية ويصدق إذا قال عنيت به غير العتق إلا إذا قال: لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فإنه يعتق في القضاء ولا يصدق أنه أراد به غير العتق، لأنه نفى كل سبيل وأثبت سبيل الولاء وإطلاق الولاء يراد به ولاء العتق وذلك لا يكون إلا بعد العتق.

ولو قال: إلا سبيل الموالاة دين في القضاء، لأن مطلق الموالاة يراد بها الموالاة في الدين أو يستعمل في ولاء الدين وولاء العتق فأي ذلك نوى يصدق في القضاء، وقوله لا ملك لي عليك يحتمل ملك اليد أي كاتبتك فزالت يدي عنك، ويحتمل لا ملك لي عليك لأني بعتك، ويحتمل لا ملك لي عليك لأني أعتقتك فتقف على النية.

وقوله: خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أي لا أستخدمك، ويحتمل أعتقتك؛ ولو قال له أمرك بيدك، أو قال له اختر وقف على النية. لأنه يحتمل العتق وغيره فكان كناية.

ولو قال له: أمر عتقك بيدك أو جعلت عتقك في يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك في عتقك أو في

(١) سورة الأحزاب، الآية: (٤).
(٢) سورة الأحزاب، الآية: (٥).
(٣) سورة الأحزاب، الآية: (٤٠).

العتق لا يحتاج فيه إلى النية لأنه صريح ولكن لا بد من اختيار العبد المعتق ويقف على المجلس لأنه تمليك.

وقوله: خرجت عن ملكي يحتمل ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك، ويحتمل أعتقتك، ولو قال لمملوكه نسبك حر أو أصلك حر، فإن كان يعلم أنه سبـي لا يعتق، وإن لم يكن سبـي يعتق، لأن الأصل أن حرية الأبوين تقتضي حرية الولد لأن المتولد من الحرين يكون حراً إلا أن حرية المسبـي بطلت بالسبـي فبقي الحكم في غير المسبـي على الأصل.

ولو قال لعبده: أنت لله تعالى لم يعتق في قول أبـي حنيفة، وقال أبو يوسف إن نوى العتق يعتق.

وجه قوله أن قوله: لله تعالى يحتمل أن يكون بيان جهة القربة للإعتاق المحذوف، فإذا نوى العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله، ولأبـي حنيفة أن الإعتاق إثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الإعتاق، لأنه إثبات العتق ولم يوجد لأن كونه لله تعالى كان ثابتاً قبل الإعتاق فلم يكن ذلك إعتاقاً فلا يعتق.

ولو قال له: أنت عبد الله لم يعتق بلا خلاف؛ أما على قول أبـي حنيفة فظاهر لما ذكرنا أن الإعتاق إنشاء العتق فيقتضي أن لا يكون ثابتاً قبله وكونه عبداً لله صفة ثابتة له قبل هذه المقالة.

وأما على قول أبـي يوسف فلأن قوله عبداً لله لا يحتمل أن يكون جهة القربة للإعتاق، وقوله لله تعالى يحتمل ذلك.

وروي عن أبـي يوسف أنه قال: إذا قال لعبده قد جعلتك لله تعالى في صحته أو مرضه وقال لم أنو العتق ولم يقل شيئاً حتى مات قبل أن يبين لا يعتق، وإن نوى العتق عتق.

وكذلك إذا قال هذا في مرضه فمات قبل أن يبين فهو عبد أيضاً لأنه يحتمل أنه أراد بهذا اللفظ النذر، ويحتمل أنه أراد به العتق فلا يعتق إلا بالنية ولا يلزم الورثة بعد الموت الصدقة، لأن النذر يسقط بالموت عندنا.

وروي عن أبـي يوسف أنه قال: إذا قال لأمته: أطلقتك يريد به العتق تعتق لأن الإطلاق إزالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق وبغير العتق بالكتابة فإذا نوى به العتق تعتق كما لو قال لها خليت سبيلك.

ولو قال لها: طلقتك يريد به العتق لا تعتق عندنا لما نذكر، ولو قال فرجك عليّ حرام يريد العتق لم تعتق، لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى أخته من الرضاعة أو جارية قد وطىء أمها أو بنتها أو جارية مجوسية أنها لا تعتق وروي عن أبـي يوسف أنه قال: إذا قال لعبده: [أن ت ح رّ]، أو قال لزوجته: [أن ت ط ا ل ق] فتهجى ذاك هجاءً إن نوى العتق أو الطلاق وقع لأنه يفهم من هذه الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف إلا أنها ليست بصريحة في الدلالة على المعنى لأنها عند انفرادها لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية، وأما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة لأنها في الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ إلا أن فيها ضرب استتار وإبهام، لأن الإنسان قد يكتب ذلك لإرادة العتق، وقد يكتب لتجويد الخط فالتحق بسائر الكنايات فافتقر إلى النية، والكلام في هذا كالكلام في الطلاق وقد ذكرناه في الطلاق، وكذا الإشارة من الأخرس إذا كانت معلمة مفهومة المراد، لأنها في الدلالة على المراد في حقه كالعبارة في الطلاق.

[أ/١٥٧/ج] والأصل في قيام الإشارة مقام العبارة قوله تعالى خطاباً/ لمريم عليها السلام: «فقولي إني نذرت للرحمن صوماً» أي صمتاً وإمساكاً وذلك على الإشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولاً فدل أنها تعمل عمل القول.

وأما الألفاظ التي يقع بها العتق أصلاً نوى أو لم ينو فنحو أن يقول لعبده: قم أو اقعد أو اسقني ونوى به العتق، لأن هذه الألفاظ لا تحتمل العتق فلا تصح فيها نية العتق.

وكذا لو قال: لا سلطان لي عليك، لأن السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه القهر فانتفاؤها لا يقتضي انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضي العتق، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأنه نفى السبيل كلها ولا ينتفي السيل عليها مع قيام الرق، ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة.

وكذا للسلطان يحتمل الحجة أيضاً فقوله: لا سلطان لي عليك أي لا حجة لي عليك وانتفاء حجته على عبده لا يوجب حريته، وكذا لو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله تعالى يريد به العتق أو قال له أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو أبنتك، أو قال لأمته أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو أبنتك أو أنت عليّ حرام أو حرمتك أو أنت خلية أو برية أو بتة أو اذهبي أو اخرجي أو اعزبي أو تقنعي أو استبرئي أو اختاري، ونوى العتق فاختارت وغير ذلك مما ذكرنا في الطلاق وهذا عندنا.

وعند الشافعي[1]: يقع العتق بها إذا نوى، ولقب المسألة أن صريح الطلاق وكناياته لا يقع بها العتاق عندنا خلافاً له.

وجه قوله: أن قوله لمملوكته أنت طالق أو طلقتك إثبات الانطلاق أو إزالة القيد وأنه نوعان كامل وذلك بزوال الملك والرق وهو تفسير العتق وناقص وذلك بزوال اليد لا غير كما في المكاتب والمأذون، فإذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين فنوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته، ولهذا إذا قال لزوجته أنت حرة ونوى به الطلاق طلقت كذا هذا.

ولنا: أن هذه الألفاظ المضافة إلى المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه أما قوله أنت طالق فلأن الطلاق عبارة عن رفع القيد، والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك والمانع يد المالك فرفع المانع يكون بزوال يده، زوال يد المالك عن المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب، وكذا قوله اذهب حيث شئت أو توجه إلى أين شئت، لأنه عبارة عن رفع اليد عنه وأنه لا ينفي الرق كالمكاتب وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضي زوال الملك كالمكاتب.

وكذا قوله: أنت بائن أو أبنتك، لأنه ينبىء عن الفصل والتبعيد، وكذا التحريم يجامع الرق كالأخت من الرضاعة والأمة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لامرأته أنت حرة، لأن التحريم تخليص والقيد ثبوت فينافيه، ولأن ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الأعيان، وهذا لأن الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح، فإذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه

(١) انظر «مختصر المزني» ص ٣٢.

بلفظ الطلاق، بخلاف قوله لامرأته: أنت حرة ونوى به الطلاق، لأن ملك المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح فإنه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق.

ألا ترى أنه يزول بردة المرأة، وكذا بشرائها بأن اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير، ولو قال لعبده: رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر أو فرجك فرج حر لم يعتق؛ لأن هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وأنه جائز من باب المبالغة، قال الله تعالى: ﴿وهيَ تمرُّ مَرَّ السَّحَابِ﴾[1] أي كمر السحاب وقال الشاعر:

وعينـاكِ عينـاهَـا وجيـدُكِ جيـدهـا ... سـوى أن عظـم السَّـاقِ منـكِ دقيـقٌ

فتشبيه الشيء بالشيء لا يقتضي المشاركة بينهما في جميع الصفات وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله عز وجل: ﴿كأنهنَّ الياقوتُ والمَرجَان﴾[2] وقال تعالى: ﴿كأنهن بيضٌ مَكنُونٌ﴾[3] فلا يعتق ولو نوى، فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر وفرجك فرج حر فهو حرّ، لأن هذا ليس بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملة أو ما يعبر به عن جملة بالحرية فيعتق.

ولو قال: ما أنت إلا مثل الحرّ أو أنت مثل الحرّ لم يعتق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر في الأصل، لأن هذا تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصفات، بخلاف قوله ما أنت إلا حر، لأن ذلك ليس بتشبيه بل هو تحرير لأنه نفى وأثبت والنفي ما زاده إلا تأكيداً كقول القائل لغيره ما أنت إلا فقيه.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال كل مالي حر وله عبيد لم يعتقوا، / لأنه جمع بين العبيد [ب/١٥٧/ج] وغيرهم من الأموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالي حر، ومعلوم أن غير العبيد من الأموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق فينصرف الوصف بالحرية إلى الحرية التي يحتملها الكل وهي أن تكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لأحد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع إلى المعتِق خاصة، وبعضها يرجع إلى المعتَق خاصة، وبعضها يرجع إليهما جميعاً، وبعضها يرجع إلى نفس الركن أما الذي يرجع إلى المعتِق خاصة، فمنها أن يكون عاقلاً حقيقة أو تقديراً حتى لا يصح الإعتاق من الصبي الذي لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منها وأما المجنون الذي يجن في حال ويفيق في حال، فما يوجد منه في حال إفاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه في حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتباراً للحقيقة، وأما السكران فإعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق، ومنها أن لا يكون معتوهاً ولا مدهوشاً ولا مبرسماً ولا مغمى عليه ولا نائماً حتى لا يصح الإعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق.

(١) سورة النحل، الآية: (٨٨).
(٢) سورة الرحمن، الآية: (٥٨).
(٣) سورة الصافات، الآية: (٤٩).

ومنها: أن يكون بالغاً فلا يصح الإعتاق من الصبي وإن كان عاقلاً، كما لا يصح الطلاق منه، ولو قال رجل أعتقت عبدي وأنا صبي أو قال وأنا نائم كان القول قوله، والأصل فيه أنه إذا أضاف الإعتاق إلى حال معلوم الكون وهو ليس من أهل الإعتاق فيها يصدق بأن قال أعتقته وأنا صبي أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربي في دار الحرب على أصل أبي حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه، لأنه إذا أضاف الإعتاق إلى زمان لا يتصور منه الإعتاق علم أنه أراد به صيغة الإعتاق لا حقيقة الإعتاق فلم يصر معترفاً بالإعتاق.

ولو قال: أعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق، لأنه إذا أضافه إلى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه، ولو قال أعتقته قبل أن أخلق أو قبل أن يخلق لا يعتق، لأن زمان ما قبل انخلاقه وانخلاق العبد معلوم فقد أضاف الإعتاق إلى زمان معلوم الكون ولا يتصور منه فيه الإعتاق فلا يعتق.

وأما كونه طائعاً فليس بشرط عندنا خلافاً للشافعي والمسألة مرت في كتاب الطلاق، وكونه جاداً ليس بشرط بالإجماع حتى يصح إعتاق الهازل وكذا كونه عامداً حتى يصح إعتاق الخاطىء لما ذكرنا في الطلاق، وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الإعتاق بالكتابة المستبينة والإشارة المفهومة، وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في الإعتاق بعوض وبغير عوض إذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق ويبطل الشرط.

أما إذا كان بغير عوض فظاهر لأن ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والإعتاق بغير العوض لا يحتمل الفسخ، وكذا إن كان بعوض، لأن العوض من جانب المولى هو العتق وأنه لا يقبل الفسخ فلا معنى للخيار فيه، وإن كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لو رد العبد العقد في مدة الخيار فينفسخ العقد ولا يعتق لأن العوض في جانبه هو المال فكان محتملاً للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال، وقد ذكرناه في كتاب الطلاق.

وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار، وإن الخيار إن كان مشروطاً للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح، لأن الخيار لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ، وإن كان الخيار للقاتل جاز، لأن ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ، ثم إذا جاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو؟.

فالقياس: أن يبطل لأنه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال. وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القاتل الدية، كذا روي عن محمد.

أما صحة العفو وسقوط القصاص فلأن عفو الولي يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات، وأما وجوب الدية فلأن الولي لم يرض بإسقاطه بغير عوض ولا عوض إلا الدية إذ هي قيمة النفس، ثم فرق بين الإعتاق على مال وبين الكتابة فإنه يجوز فيها شرط الخيار للمولى، لأنها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع بخلاف الإعتاق على مال والله عز وجل الموفق، وكذا إسلام المعتق ليس بشرط فيصح الإعتاق من الكافر، إلا أن إعتاق المرتد لا ينفذ في الحال في قول أبي حنيفة بل هو موقوف [١٥٨/أ/ج] وعندهما نافذ وإعتاق المرتد نافذ بلا خلاف، والمسألة نذكرها في كتاب السير إن شاء الله تعالى. /وكذا

صحة المعتق فيصح الإعتاق من المريض مرض الموت، لأن دليل الجواز لا يوجب الفصل، إلا أن الإعتاق من المريض يعتبر من الثلث، لأنه يكون وصيه.

ومنها: النية في أحد نوعي الإعتاق، هو الكناية دون الصريح، ويستوي في صريح الإعتاق وكناياته أن يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الأصالة أو بغيره على طريق النيابة عن المولى بإذنه وأمره، وذلك أنواع ثلاثة، تفويض وتوكيل ورسالة، فالتفويض هو التخيير والأمر باليد صريحاً وكناية على ما بينا، والأمر بالإعتاق كقوله: أعتق نفسك وقوله: أنت حر إن شئت، والتوكيل هو أن يأمر غيره بالإعتاق بأن يقول لغيره أعتق عبدي فلاناً من غير التقييد بالمشيئة والرسالة معروفة وقد فسرناها في كتاب الطلاق، والحكم في هذه الفصول في العتاق كالحكم فيها في الطلاق، وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الطلاق بتوفيق الله عز وجل. ومنها عدم الشك في الإعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق، فإن كان شاكاً فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا في الطلاق.

وأما الذي يرجع إلى المعتَق خاصة فنوعان:

أحدهما: الإضافة، فمنها: أن يكون المضاف إليه العتق موجوداً بيقين، فإن لم يكن لم تصح الإضافة بأن قال لجارية مملوكة له: حمل هذه الجارية حر أو ما في بطن هذه الجارية حر فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لم يعتق لأنها إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت اليمين تيقنّاً بوجوده في ذلك الوقت لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، فإن ولدت واحداً لأقل منها بيوم ثم ولدت آخر لأكثر منها بيوم عتقا جميعاً، لأن الأول عتق لكونه في البطن يوم الكلام، فإذا عتق الأول عتق الثاني لأنهما توأمان، وأما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك في ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك.

ومنها: الإضافة إلى بدن المعتَق أو إلى جزء جامع منه، وهو الذي يعبر به عن جميع البدن أو إلى جزء شائع عندنا خلافاً للشافعي، حتى لو أضاف إلى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما في الطلاق، غير أنه إذا أضاف العتق إلى جزء شائع منه لا يعتق كله عند أبي حنيفة وإنما يعتق قدر ما أضاف إليه لا غير.

وعند أبي يوسف ومحمد: يعتق كله، وفي الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناءً على أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ، والطلاق لا يتجزأ بالإجماع، فأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين الطلاق والعتاق.

ووجه الفرق له: أن ملك النكاح لا يراد به إلا الوطء والاستمتاع، وذلك لا يتحقق في البعض دون البعض فلا يكون إثبات حكم الطلاق في البعض دون البعض مفيداً فلزم القول بالتكامل، فأما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطء فإنه يثبت مع حرمة الوطء والاستمتاع، كالأمة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة، وإنما وضع للاسترباح أو الاستخدام، وذلك يتحقق مع قيام الملك في البعض دون البعض، فكان ثبوت العتق في البعض دون البعض مفيداً فهو الفرق فلا ضرورة إلى التكامل، وأما كون المضاف إليه

العتق معلوماً فليس بشرط لصحة الإضافة عند عامة العلماء فيصح إضافته إلى المجهول بأن قال لعبديه أحدكما حر أو قال هذا حر أو هذا، أو قال ذلك لأمتيه.

وقال نفاة القياس: شرط.حتى لا تصح الإضافة إلى المجهول عندهم.والكلام في العتاق على نحو الكلام في الطلاق وقد ذكرناه في كتاب الطلاق، وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بأن عتق واحداً من عبيده عيناً ثم نسي المعتق لما ذكرنا في كتاب الطلاق، ومنها: قبول العبد في الإعتاق على مال فما لم يقبل لا يعتق، ومنها المجلس وهو مجلس الإعتاق إن كان العبد حاضراً ومجلس العلم إن كان غائباً لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فهو الملك إذ المالك والمملوك من الأسماء الإضافية والعلاقة التي تدور عليها الإضافة من الجانبين هي الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج في هذا الفصل إلى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته وإلى بيان أنه هل يشترط أن يكون مملوكه وقت الإعتاق وهو التكلم بالعتق أم لا، وإلى بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الإعتاق المضاف إليه ومن لا يدخل.

أما الأول فالدليل على اعتبار هذا الشرط قول النبي ﷺ: «**لَا عتق فيما لَا يملكُه ابنُ آدَم**»[1] ولأن زوال ملك المحل شرط/ ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت. [ب/١٥٨/ج]

وعلى هذا يخرج إعتاق عبد الغير بغير إذنه إذ لا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على إجازة المالك عندنا، وعند الشافعي[2] لا يتوقف وهي مسألة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع.

وكذا العبد المأذون لا يملك الإعتاق، وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب ذا رحم منه لا يعتق عليه لما قلنا، ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فإن لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه، لأنه إذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه، وإن كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يعتق بناء على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده، وعندهما يملك وهي من مسائل المأذون، ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق في قولهم جميعاً، لأن المولى لم يملكه، لأنه من كسب المكاتب والمولى لا يملك أكساب مكاتبه فلا يعتق، ولو اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق، لأن إعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم لأجل النسب، ويجوز إعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشتري قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة، وكذا العبد الموصىٰ برقبته لإنسان وبخدمته لآخر إذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا.

وعلى هذا الأصل يخرج قول أبي يوسف في الحربي إذا أعتق عبداً حربياً له في دار الحرب أنه يعتق لقيام الملك.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) انظر «الأم».

وأما عند أبـي حنيفة ومحمد: فلا يعتق ولا خلاف في أنه إذا أعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال: لا خلاف في العتق أنه يعتق وإنما الخلاف في الولاء أنه هل يثبت منه أم لا، ذكر الطحاوي عن أبـي حنيفة أن للعبد أن يوالي من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق.

والصحيح: أن الخلاف ثابت في العتق فإنهم قالوا في الحرّبـي إذا دخل إلينا ومعه مماليك، فقال: هم مدبرون إنه لا يقبل قوله، وإن قال: هم أولادي أو هن أمهات أولادي قبل قوله، فهذا يدل على أن التدبير لا يثبت في دار الحرب.

ورواية الطحاوي عن أبـي حنيفة محمولة على ما إذا خرج إلى دار الإسلام وإذا خرج إلى دار الإسلام فلا ولاء له عليه عندهما، لأنه لم يعتق بإعتاقه وإنما عتق بخروجه إلى دار الإسلام، وعند أبـي يوسف: عتق بإعتاق مولاه له.

وجه قول أبـي يوسف في مسألة العتق: أنه أعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الإسلام فأعتق عبداً له حربياً أو مسلماً أو ذمياً وكالمسلم إذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك أنه أعتق ملك نفسه، لأن أموال أهل الحرب أملاكهم حقيقة.

ألا ترى أنهم يرثون ويورث عنهم، ولو كانت جارية يصح من الحربـي استيلاؤها إلا أنه ملك غير معصوم.

ولهما: أن إعتاق الحربـي عبده الحربـي في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق، لأن العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الإعتاق بدون التخلية، لأن يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسي والغلبة الحقيقية حتى إن العبد إذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه وإذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق، هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق بيده، بخلاف ما إذا أعتق في دار الإسلام، لأن يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق في دار الإسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء، وبخلاف المسلم إذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب، لأن المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية، ولو كان عبده حربياً فأعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحساناً.

والقياس: أن لا يعتق عندهما كالحربـي إذا أعتق عبده الحربـي في دار الحرب ومنهم من جعل المسألة على الاختلاف.

وعلى هذا الخلاف إذا ملك الحربـي في دار الحرب ذا رحم محرم منه أنه لا يعتق عند أبـي حنيفة ومحمد، وعند أبـي يوسف يعتق، لأن ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف في الإعتاق.

وأما الثاني: فالإعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزاً، وإما أن يكون تعليقاً بشرط، وإما أن يكون إضافة إلى وقت، فإن كان تنجيزاً يشترط قيام الملك وقت وجوده لأن التنجيز إثبات العتق للحال ولا عتق بدون

[١٥٩/أ/ج] الملك، وإن كان تعليقاً/ فالتعليق في الأصل نوعان: تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقاً من وجه ومعاوضة من وجه، والتعليق المحض نوعان أيضاً تعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك أو بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين: تعليق صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام فيه الحاصل في موضعين:

أحدهما: في بيان أنواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط.

والثاني: في بيان ما يظهر به وجود الشرط.

أما الأول: فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار، وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لعبده إن دخلت الدار فأنت حر أو إن كلمت فلاناً أو إذا قدم فلان ونحو ذلك فإنه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء، وهذا النوع من التعليق لا يصح إلا في الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه إن دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق، لأن تعليق العتق بالشرط ليس إلا إثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط إلا إذا كان موجوداً عند التعليق، لأن الظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط وإذا لم يكن موجوداً وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجوده لا محالة ولأن اليمين بغير الله عز وجل شرط وجزاء، والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوي على الامتناع أو على التحصيل، فإذا كان الملك ثابتاً وقت التعليق كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط، لأن الظاهر بقاء الملك إلى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين.

وكذا إذا أضاف اليمين إلى الملك أو سببه كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فتنعقد اليمين، ثم إذا وجد التعليق في الملك حتى صح فالعبد على ملكه في جميع الأحكام قبل وجود الشرط، وإذا وجد الشرط وهو في ملكه يعتق، وإن لم يكن في ملكه تنحل اليمين لا إلى جزاء حتى لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار وهو ليس في ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانياً فدخل الدار عتق. لأن اليمين لا يبطل بزوال الملك، لأن في بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك إلا أنه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك، فإذا عاد الملك واليمين قائم عتق على ما ذكرنا في الطلاق.

ولو قال لعبده: إن بعتك فأنت حرّ فباعه بيعاً صحيحاً لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط، ولو باعه بيعاً فاسداً وهو في يده حنث لوجود الملك له فيه، ولو كان التعليق في الملك بشرطين يراعى قيام الملك عند وجود الشرط الأخير عندنا خلافاً لزفر حتى لو قال لعبده: إن دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل إحدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الأخرى يعتق عندنا وعند زفر لا يعتق، والمسألة مرت في كتاب الطلاق.

ولو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر إن كلمت فلاناً يعتبر قيام الملك عند الدخول أيضاً لأنه جعل

الدخول شرط انعقاد اليمين، واليمين بالعتاق لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إلى الملك أو بسببه كأنه قال له عند الدخول إن كلمت فلاناً فأنت حر.

ولو قال لعبده: أنت حر إن شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت، أو قال لأمته إن كنت تحبيني أو تبغضيني أو إذا حضت فأنت حرة، فالجواب فيه كالجواب في الطلاق، وقد ذكرنا هذه المسائل وأخواتها في كتاب الطلاق.

ولو قال: أنت حر إن لم يشأ فلان؛ فإن قال فلان شئت في مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه، وإن قال: لا أشاء يعتق لكن لا يقول لا أشاء لأن له أن يشاء في المجلس بل لبطلان المجلس بإعراضه واشتغاله بشيء آخر بقوله لا أشاء، ألا ترى أنه إذا/ قال إن لم يشأ فلان اليوم فأنت حر، فقال فلان شئت لا يعتق ولو [ب/١٥٩/ج] قال لا أشاء لا يعتق، لأن له أن يشاء بعد ذلك ما دامت المدة باقية إلا إذا مضى اليوم ولم يشأ فحينئذ يعتق، ولو علق بمشيئة نفسه فقال أنت حر إن شئت أنا فما لم توجد المشيئة منه في عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لأن هذا ليس بتفريق إذ العتاق بيده.

ولو قال: أنت حر إن لم تشأ، فإن قال: شئت لا يعتق لعدم الشرط، وإن قال: لا أشاء لا يعتق، لأن العدم لا يتحقق بقوله لا أشاء إذ له أن يشاء بعد ذلك إلى أن يموت بخلاف الفصل الأول، لأن هناك اقتصر على المجلس، فإذا قال لا أشاء فقد أعرض عن المجلس، وههنا لا يقتصر على المجلس فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت، فإذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصل، ويعتبر من ثلث المال كوقوع العتق في المرض إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ولو قال: أنت حُرّ غداً إن شئت فالمشيئة في الغد، فإن شاء في الحال لا يعتق ما لم يشأ في الغد.

ولو قال: أنت حُرّ إن شئت غداً فالمشيئة إليه في الحال، فإذا شاء في الحال عتق غداً، لأن في الفصل الأول علق الإعتاق المضاف إلى الغد بالمشيئة فيقتضي المشيئة في الغد، وفي الفصل الثاني أضاف الإعتاق المعلق بالمشيئة إلى الغد فيقتضي تقدم المشيئة على الغد.

وروي عن أبي حنيفة أنه قال: المشيئة في الغد في الفصلين جميعاً، وقال زفر: المشيئة إليه للحال في الفصلين جميعاً، ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده: إن أديت إلي ألفاً فأنت حُرّ: لأنه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح في الملك ويتعلق العتق بوجود الشرط وهو الأداء إليه في ملكه، فإذا جاء بألف وهو في ملكه وخلى بينه وبين الألف شاء المولى أو أبى وهو تفسير الجبر على القبول إلا أن القاضي يجبره على القبض بالحبس كذا فسره محمد فقال: إن العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق وهذا استحسان، والقياس: أن لا يعتق ما لم يقبض أو يقبل، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه علق العتق بشرط الأداء إليه، ولا يتحقق الأداء إليه إلا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال: إن أديت إليّ عبداً فأنت حر فجاء بعبد رديء وخلى بينه وبينه لا يعتق، ولو قبل يعتق، وكذا إذا قال إن أديت إليَّ كراً من حنطة فأنت حر فأدى كَرًّا من حنطة رديئة، ولو قبل يعتق، وكذا إذا قال: إن أديت إليّ ثوباً أو دابة فأتى بثوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول، وكذا إذا قال إن أديت إلي ألفاً أحج بها

أو حججت بها لا يعتق بتسليم الألف ما لم يقبل وكذا إذا قال إن أديت إلي هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخلية بدون القبول.

وجه الاستحسان: أن أداء المال إلى الإنسان عبارة عن تسليمه إليه، قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[1]، أي تسلموا، وقال سبحانه وتعالى خبراً عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام ﴿أن أدوا إليّ عباد الله﴾ أي: سلموا، وتسليم الشيء عبارة عن جعله سالماً خالصاً لا ينازعه فيه أحد، وهذا يحصل بالتخلية، ولهذا كانت التخلية تسليماً في الكتابة. وكذا في المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه إلى القبض كما لا يحتاج إليه في الكتابة، والمعاوضات المطلقة مع ما أن التخلية تتضمن القبض لأنها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل في البراجم كما في سائر المواضع، وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسألة العبد فلأنه وإن ذكر العبد مطلقاً فإنما أراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد. علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الرديء فإذا قبل يعتق، لأنه إذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق وعلم أن له فيه غرضاً آخر في الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه، حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلى يعتق، وهو الجواب في مسألة الكُرّ.

وأما مسألة الثوب فثم لا يعتق ما لم يقبل، ولا يعتق بأداء الوسط لأن الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة، واسم الثوب يقع على كل ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع، فكان الوسط مجهولاً جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الأجناس، كما لا يقع على أدنى الرديء، لأن قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة إزالة الملك عن عبد قيمته ألف، ومتى بقي مجهولاً لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية، حتى لو قال إن أديت إلي ثوباً هروياً فأنت حُرّ يقع على الوسط، وإذا جاء به يجبر على/ القبول، [١٦٠/أ/ج] وكذا الجواب عن مسألة الدابة، لأن الدواب أجناس مختلفة تحتها أنواع متفاوتة، واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد، حتى لو قال إن أديت إليَّ فرساً فأنت حر فقد قالوا إنه يقع على الوسط ويجبر على القبول.

وأما مسألة الحج: ففيها تفصيل؛ إن قال: إن أديت إليّ ألفاً فحججت بها أو قال وحججت بها فأتى بالألف لا يعتق لأنه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما، ولو قال إن أديت إلي ألفاً أحج بها يعتق إذا خلى ويكون قوله أحج بها لبيان الغرض ترغيباً للعقد في الأداء حيث يصير كسبه مصروفاً إلى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط.

ومسألة الخمر: لا رواية فيها ولكن ذكر في الكتابة أنه إذا كاتب عبده على دن من خمر أو على كذا عدد من الخنازير، على أنه متى أتى بها فهو حر فقبل يكون كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلى بينه وبينها يعتق لوجود الشرط ويلزمه قيمة نفسه فيجوز أن يقاس عليه، ويقال يعتق ههنا بالتخلية أيضاً وقال بعض المشايخ إن العتق في هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقة كما في الكتابة، والصحيح أنه ثبت بوجود الشرط حقيقة كما في سائر التعليقات بشروطها لا بطريق المعاوضة، والمسائل تدل عليها،

---
(١) سورة النساء، الآية: (٥٨).

فإنه ذكر عن بشر بن الوليد أنه قال: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لعبده إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر، أو متى أديت أو إن أديت، فإن أبا حنيفة قال ليس هذا بمكاتب وللمولى أن يبيعه، وكذا قال أبو يوسف ومحمد.

فإن أدى قبل أن يبيعه فإن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمداً قالوا يجبر المولى على قبوله ويعتق استحساناً، فإن مات المولى قبل أن يؤدي الألف كالعبد رقيق يورث مع أكسابه بخلاف الكتابة، ولو مات العبد قبل الأداء وترك مالاً فماله كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق بخلاف المكاتب، وإن بقي بعد الأداء في يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب، لأن المكاتب في يد نفسه ولا سبيل للمولى على أكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى.

وقالوا: إن المولى لو باعه قبل الأداء صح، كما في قوله لعبده إن دخلت الدار فأنت حر بخلاف المكاتب فإنه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب، وإذا رضي تنفسخ الكتابة، ولو قال لعبدين له إن أديتما إليَّ ألفاً فأنتما حران، فإن أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لأنه علق العتق بأداء الألف ولم يوجد، وكذا إذا أدى أحدهما الألف كلها من عنده، لأنه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعاً الألف ولم يوجد الألف فلا يعتقان، كما إذا قال لهما إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر، وإن أدى أحدهما الألف كلها وقال خمسمائة من عندي وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبي ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط وهو أداء الألف منهما، حصة أحدهما بطريق الأصالة، وحصة الآخر بطريق النيابة، لأن هذا باب تجزىء فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه، ولو أدى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو أداؤهما.

وأما إذا أدى الأجنبي الألف وقال: أؤديها إليك على أنهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا، لأن هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الأجنبي، كأنه قال له إن أديت أليَّ ألفاً فعبدي حر ويرد المال إلى المولى، لأن المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير؛ ولأن منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز أن يستحق بذلك على الغير مالاً بخلاف ما إذا قال لآخر طلق امرأتك على ألفي هذه ودفع إليه فطلق أن الألف تكون للمطلق، لأن الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة، إذ هو إسقاط حق، والأجنبي صار متبرعاً عنها بذلك. فأشبه ما إذا قضى عنها ديناً بخلاف العتق، لأنه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن يستحق بدلاً على الغير.

ولو أداها الأجنبي وقال: هما أمراني أن أؤديها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط، لأنه يجوز أن يكون الرجل رسولاً عنهما فأداء الرسول أداء المرسل فإن أعتق العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط ويرجع المولى عليه بمثله، لأن المولى ما أذن له بالأداء من هذا الكسب، لأن الإذن ثبت بمقتضى القبول. والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة المغصوب بأن غصب ألفاً من رجل وأدى ولم يجز المغصوب منه أداءه، فإن العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المغصوب وللمولى أن يرجع على العبد بمثلها.

وإن أدى من مال اكتسبه بعد القبول صح الأداء وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحساناً.

[١٦٠/ب/ج] والقياس: أن يرجع لأنه/ أدى مال المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب، لأنه أدى من مال نفسه لأن اكتسابه ملكه إلا أنهم استحسنوا فقالوا إنه لا يرجع، لأنه أدى بإذن المولى فكان إقدامه على هذا القبول إذناً له بالتجارة دلالة، لأنه لا يتوصل إلى أداء الألف إلا بالتجارة فيصير مأذوناً في التجارة فقد حصل الآداء من كسب هو مأذون في الأداء منه من جهة المولى فلا يستحق الرجوع عليه أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى في القدر الذي يؤدى ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة إذا ولدت ثم أدت فعتقت أنه يعتق ولدها.

ولو قال العبد للمولى: حطّ عني مائة فحط عنه فأدى تسعمائة لم يعتق، لأن الشرط لم يوجد بخلاف الكتابة، فإن العتق فيها يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العفو في المعاوضات كالبيع، وكذا لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق وإن قبل لعدم الشرط.

ولو قال لعبده: إن خدمتني سنة فأنت حر فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته، وكذا إن صالحه من الخدمة على دراهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير، وكذا إذا قال: أخدم أولادي سنة وأنت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق، وهذا كله دليل على أن العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه وإسقاط بعض الشرط كما في سائر الأزمان ألا يرى أنه إذا قال له: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حر فدخل إحداهما، وقال المولى: أسقطت عنك دخول الأخرى لا يسقط كذا هذا.

ولو أبرأ المولى العبد من الألف لم يعتق لعدم الشرط وهو الأداء، ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق.

وذكر محمد في «الزيادات» أنه إذا قال: إن أديت لي ألفاً في كيس أبيض فأنت حُرّ فأداها في كيس أسود لا يعتق، وفي الكتابة يعتق، وهذا نص على أن العتق ههنا يثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة، وإن باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه يجبر على القبول عند أبـي يوسف.

وقال محمد في «الزيادات» لا يجبر على قبولها فإن قبلها عتق، وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف. وعلى هذا إذا رده عليه بعيب أو خيار.

وجه قول أبـي يوسف: ظاهر مطرد على الأصل، لأنه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الأول كما في قوله إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل.

وأما الوجه لمحمد فهو: أن دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهراً لأن غرضه من التعليق بالأداء تحريضه على الكسب ليصل إليه المال وذلك في المال القائم وأكد ذلك بوجود العتق المرغب له في الكسب مع احتمال أن المراد منه مطلق الملك، فإذا أتى بالمال بعدما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهراً بدلالة الحال، وإذا قبل يعتق، لأنه تبين أن المراد منه المطلق، ولو قال لأمته: إذا أديت

إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة وله أن يبيعها ما لم تؤد، وإن كسرت شهراً لم تؤد إليه ثم أدت إليه في غير ذلك الشهر لم تعتق، كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام، وذكر في رواية أخرى وقال هذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وإن كسرت شهراً واحداً ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزاً.

وجه هذه الرواية: أنه أدخل فيه الأجل فدل أنه كتابة.

وجه رواية أبي حفص: أن هذا تعليق العتق بشرط في وقت، وهذا لا يدل على أنه كتابة كما لو قال لها إن دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غداً فأنت حرة لا يكون ذلك كتابة، وإن أدخل الأجل فيه.

والدليل على أن الصحيح هذه الرواية أنه إذا قال لها إذا أديت إلي ألفاً في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق، ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك إلا بحكم الحاكم أو بتراضيهما فدل أن هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بشرط لكن بوقت دون وقت ثم التعليق بالأداء هل يقتصر على المجلس فإن قال: متى أديت أو متى ما أديت أو إذا ما أديت فلا شك أن هذا كله لا يقتصر على المجلس، لأن في هذه الألفاظ معنى الوقت.

وإن قال: إن أديت إليَّ، /ذكر في «الأصل» أنه يقتصر على المجلس، وظاهر ما رواه بشر عن أبي [أ/١٦١/ج] يوسف يدل أنه لا يقتصر على المجلس، فإنه قال في رواية عن أبي يوسف أنه قال في رجل قال لعبده إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر أو متى أديت أو إن أديت فقد سوى بين هذه الكلمات، ثم في كلمة إذا أو متى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة إن.

وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فإنه قال عطفاً على روايته عن أبي يوسف إن المولى إذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق ويبعد أن ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد، وهذا يدل على أن العتق لا يقتصر على المجلس في الألفاظ كلها، والوجه فيه ظاهر لأنه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله إن دخلت الدار فأنت حر وغير ذلك.

وجه رواية الأصل: أن العتق المعلق بالأداء معلق باختيار العبد فصار كأنه قال أنت حر إن شئت، ولو قال: إن شئت يقتصر على المجلس، ولو قال إذا شئت أو متى شئت لا يقتصر على المجلس كذا ههنا، وسواء أدى الألف جملة واحدة أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين أنه يجبر على القبول حتى إذا تم الألف يعتق، لأنه علق العتق بأداء الألف مطلقاً وقد أدى.

وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال لعبده في مرضه إذا أديت إليَّ ألفاً فأنت حر وقيمة العبد ألف فأداها من مال اكتسبه بعد القول فإنه يعتق من جميع المال. استحسن أبو حنيفة ذلك.

وقال زفر: يعتق من الثلث وهو القياس، ووجه أن الكسب حصل على ملك المولى، لأنه كسب عبده فإذا أسقط حقه عن الرقبة كان متبرعاً فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة، لأن المولى لا يملك أكساب العبد المكاتب فكان كسبه عوضاً عن الرقبة فيعتق من جميع المال، وجه الاستحسان أن القدر الذي يؤدىٰ من الكسب الحاصل بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب، لأن المولى أطمعه

العتق بأدائه إليه فصار تعليق العتق به سبباً داعياً إلى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب.

ولو قال له: أدّ إلي ألفاً وأنت حر فما لم يؤد لا يعتق، لأنه أتى بجواب الأمر لأن جواب الأمر بالواو فيقتضي وجوب ما تعلق بالأمر وهو الأداء.

ولو قال: أَدِّ إليَّ ألفاً فأنت حر فلا رواية في هذا، وقيل: هذا والأول سواء لا يعتق إلا بأداء المال إليه، لأن جواب الأمر قد يكون بحرف الفاء، ولو قال: أَدِّ إليَّ ألفاً أنت حر يعتق للحال أدى أو لم يؤد، لأنه لم يوجد ههنا ما يوجب تعلق العتق بالأداء حيث لم يأت بحرف الجواب والله عز وجل أعلم.

ومن هذا القبيل إذا قال لأمته: إن ولدت ولداً فهو حر، أو قال: إذا ولدت ولداً فهو حر، ويعتبر لصحة قيام الملك في الأمة وقت التعليق كما في قوله إن ولدت ولداً فأنت حرة لأن الملك إذا كان ثابتاً في الأمة، وقت التصرف فالظاهر بقاؤه إلى وقت الولادة فلا حاجة إلى إضافة الولادة إلى الملك فيصح، فإذا صح التعليق فكل ولد تلده في ملكه يعتق، وإن ولدت في غير ملكه لا يعتق وتبطل اليمين بأن ولدت بعدما مات المولى أو بعدما باعها، ولو ضرب ضارب بطنها فألقت جنيناً ميتاً كان فيه ما في جنين الأمة، لأن الحرية تحصل بعد الولادة والضرب حصل قبل الولادة فكان عبداً فلا يجب ضمان الحر.

ولو قال: إذا حملت بولد فهو حر كان فيه ما في جنين الحرة، لأن الحرية تحصل منها للحمل فالضرب صادفه وهو حر إلا أنا لا نحكم به ما لم تلد لأنا لا نعلم بوجوده، فإذا ألقت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب.

فإن قيل: الحرية لا تثبت إلا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف يحكم بحريته؟ فالجواب: أنه لما حكم الشرع بالأرش على الضارب فقد صار محكوماً بحدوث الحياة فيه، لأن الأرش لا يجب إلا بإتلاف الحي.

ولو باعها المولى فولدت عند المشتري قبل مضي ستة أشهر كان الولد حراً والبيع باطل، لأنا تيقنا أنه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه، وحرية الحمل تمنع جواز بيع الأم لما مر، وإن ولدتها لستة أشهر فصاعداً لم يعتق لأنا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع وإثبات الحرية.

ولو قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة، فولدت غلاماً وجارية، فهذا لا يخلو من أوجه: إما أن علم أيهما ولداً أولاً بأن اتفق المولى والأمة على أنهما يعلمان ذلك، وإما أن لم يعلم بأن اتفقا على أنهما لا يعلمان، وأما إن اختلفا في ذلك فإن علم أيهما ولد أولاً فإن كان الغلام هو الأول فهو رقيق لأن المعلق بولادته عتق الأم وهي إنما تعتق بعد الولادة/ [ب/١٦١/ج] فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الأم وتعتق الأم بوجود الشرط وتعتق الجارية بعتقها.

وإن كانت الجارية هي الأولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق، وإن لم يعلم فالغلام رقيق على كل حال، لأنه لا حال له في الحرية أصلاً، سواء كان متقدماً في الولادة أو متأخراً، لأنه إن كان أولاً فذلك شرط عتق أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا.

وإن كانت الجارية أولاً فولادتها لم تجعل شرط العتق في حق أحد فلم يكن للغلام حال في الحرية رأساً فكان رقيقاً على كل حال، وأما الجارية والأم فيعتق من كل واحدة منهما نصفها وتسعى في نصف قيمتها لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وترق في حال، لأن الغلام إن كان أولاً عتقت الأم والجارية، أما الأم فلوجود شرط العتق فيها، وأما الجارية فلعتق الأم، لأن الأم إذا عتقت عتقت الجارية بعتق الأم تبعاً لها فعتقتا جميعاً.

وإن كانت الجارية أولاً لا يعتقان لأنه لم يوجد شرط العتق في الأم، وإذا لم تعتق الأم لا تعتق الجارية؛ لأن عتقها بعتقها فإذا هما يعتقان في حال ويرقان في حال فيتنصف العتق فيهما، فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الأصل المعهود لأصحابنا في اعتبار الأحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الإمكان.

وروي عن محمد: أنه يستحلف المولى على علمه بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولاً، فإن نكل عن اليمين عتقت الأم وابنتها وكان الغلام عبداً، وإن حلف كانوا جميعاً أرقاء، وكذلك إذا لم يخاصم المولى حتى مات وخُوصِمَ وارثه بعده فأقرّ أنه لا يدري وحلف بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولاً رقوا.

ووجه هذه الرواية: أن الأحوال إنما تعتبر عند تعذر البيان، والبيان ههنا ممكن بالرجوع إلى قول الحالف فلا تعتبر الأحوال؛ والجواب أنه لا سبيل إلى البيان باليمين ههنا، لأن الخصمين متفقان على أنهما لا يعلمان الأول منهما فلا يجوز للقاضي أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الأول منهما مع تصادقهما على ذلك، وإن اختلفا فالقول قول المولى أن الجارية هي الأولى، لأنه ينكر العتق.

ولو قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كانت جارية فهي حرة فولدت غلاماً وجارية، فإن علم أن الغلام كان أولاً عتقت الأم والجارية لا غير.

أما الأم: فلوجود الشرط.

وأما الجارية: فلعتق الأم.

وأما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الأم، وإن علم أن الجارية كانت هي الأولى عتقت هي لا غير، لأن المعلق بولادتها عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر في غيرها، وإن لم يعلم أيهما أول فالجارية حرة على كل حال، والغلام عبد على كل حال، ويعتق نصف الأم وتسعى في نصف قيمتها.

أما حرية الجارية على كل حال فلأنه لا حال لها في الرق، لأن الغلام إن كان أولاً عتقت الجارية، لأن أمها تعتق فتعتق هي بعتق الأم، وإن كانت الجارية أولاً فقد عتقت لوجود شرط العتق في حقها فكانت حرة على كل حال.

وأما رق الغلام على كل حال فلأنه ليس له حال في الحرية سواء ولد أولاً أو آخراً، وأما الأم فإنما يعتق نصفها، لأنها تعتق في حال وترق في حال، لأن الغلام إن كان هو الأول تعتق الأم والجارية أيضاً بعتق الأم، وإن كانت الجارية أولاً تعتق الجارية لا غير، لأن المعلق به عتقها لا غير وعتقها لا يتعدى إلى عتق الأم فإذا

تعتق الأم في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها اعتباراً للأحوال، وإن اختلفا فالقول قول المولى لما بينا.

ولو قال لها: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فهو حر، وإن كان جارية فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية، فإن علم أن الغلام ولد أولاً عتق هو لا غير، وإن علم أن الجارية ولدت أولاً عتقت الأم والغلام لا غير، وإن لم يعلم أيهما ولد أولاً فالغلام حر على كل حال، لأنه لا حال له في الرق، سواء كان أولاً أو آخراً والجارية رقيقة على كل حال، لأنه لا حال لها في الحرية تقدمت في الولادة أو تأخرت، لأن الغلام إن كان هو الأول لا يعتق إلا هو، وإن كانت الجارية هي الأولى لا تعتق إلا الأم والغلام فلم يكن للجارية حال في الحرية فبقيت رقيقة والأم يعتق منها نصفها وتسعى في نصف قيمتها، لأن الجارية إن كانت هي الأولى تعتق الأم كلها، وإن كان الغلام هو الأول لا يعتق شيء منها فتعتق في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها وتسعى في النصف اعتباراً للحالين وعملاً بهما بقدر الإمكان وإن اختلفا فالقول/ [١٦٢/أ/ج] قول المولى لما ذكرنا.

هذا إذا ولدت غلاماً وجارية، فأما إذا ولدت غلامين وجاريتين والمسألة بحالها، فإن علم أولهم أنه ابن يعتق هو لا غير، لأن المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط، وإن علم أنه جارية فهي رقيقة ومن سواها أحرار لأنه جعل ولادتها أولاً شرط حرية الأم، فإذا وجد الشرط عتقت الأم ويعتق كل من ولد بعد ذلك بعتق الأم تبعاً لها، وإن لم يعلم من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى في ربع قيمته ويعتق من الأم نصفها وتسعى في نصف قيمتها ويعتق من البنتين من كل واحدة منهما ربعها وتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها وإنما كان كذلك؛

وأما الغلامان فلأن أول من ولدت إن كان غلاماً عتق الغلام كله لوجود الشرط، وإن كان جارية عتق الغلامان، لأن الأم تعتق ويعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الأخرى وقد تيقنا بحرية أحد الغلامين وشككنا في الآخر وله حالتان يعتق في حال ولا يعتق في حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام واحد ونصف من الآخر ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه فاستويا في ذلك وليس أحدهما في ذلك بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى في ربع قيمته.

وأما الأم فإنها تعتق في حال ولا تعتق في حال، لأن أول ما ولدت إن كان غلاماً لا تعتق أصلاً، وإن كان جارية تعتق فتعتق في حال وترق في حال فيعتق نصفها وتسعى في نصفها.

وأما الجاريتان فإحداهما أمة بلا شك، لأن أول ما ولدت إن كان غلاماً فهما رقيقان، وإن كانت جارية فإن الأولى لا تعتق وتعتق الأخرى بعتق الأم فإذاً في حالة لهما حرية واحدة، وفي حالة لا شيء لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست إحداهما بأولى من الآخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها والله أعلم.

ولو قال لأمته: إن ولدت غلاماً ثم جارية فأنت حرة، وإن ولدت جارية ثم غلاماً فالغلام حر فولدت غلاماً وجارية، فإن كان الغلام أولاً عتقت الأم لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق وعتق الأم لا يؤثر فيهما، وإن كانت الجارية أولاً عتق الغلام لوجود الشرط والأم والجارية رقيقتان، لأن عتق الغلام لا يؤثر فيهما، وإن لم يعلم أيهما أولاً واتفقا على أنهما لا يعلمان ذلك فالجارية

رقيقة لأنه لا حال لها في الحرية لأنها ترق في جميع الأحوال.

وأما الغلام والأم: فإنه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته، لأن كل واحد منهما يعتق في حال ويرق في حال فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته، وإذا اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه، هذا إذا ولدت غلاماً وجارية، فأما إذا ولدت غلامين وجارتين، والمسألة بحالها، فإن ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الأم لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقي الغلامان والجارية الأولى أرقاء، وإن ولدت غلاماً ثم جاريتين ثم غلاماً عتقت الأم لوجود الشرط والجارية الثانية والغلام الثاني بعتق الأم، وإن ولدت غلاماً ثم جارية ثم غلاماً ثم جارية عتقت الأم بوجود الشرط والغلام الثاني والجارية الثانية بعتق الأم، وإن ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الأول لوجود الشرط والغلام الثاني والجارية الثانية بعتق الأم، وإن ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الأول لوجود الشرط وبقي من سواه رقيقاً. وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الأول لا غير لوجود شرط العتق في حقه لا غير. وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلاماً ثم جارية ثم غلاماً عتق الغلام الأول لا غير لما قلنا.

وإن لم يعلم بأن اتفقوا على أنهم لا يعلمون أيهم الأول يعتق من الأولاد من كل واحد ربعه، لأن أحد الغلامين مع إحدى الجاريتين رقيقان على كل حال لأنه ليس لهما حال في الحرية والجارية الأخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما في حال ويرق في حال فيعتق من كل واحد نصفه فما أصاب الجارية يكون بينهما وبين الجارية الأخرى نصفين إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى فيعتق من كل واحدة ربعها، وكذلك ما أصاب الغلام يكون بينه وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا.

وأما الأم فيعتق منها نصفها لأنه إن سبق ولادة الغلام فتعتق لوجود الشرط وإن سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها وتسعى في نصف قيمتها، وإن اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا.

ولو قال لها: إن ولدت ما في بطنك فهو حر فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم حَلف عتق ما في بطنها، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يعتق، لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر تيقنا بكونه موجوداً وقت التعليق لأن الولد لا يولد لأقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه/ داخلاً تحت الإيجاب، وإذا جاءت به لستة [ب/١٦٢/ج] أشهر فصاعداً لم نتيقن بوجوده بل يحتمل أن لا يكون موجوداً ثم وجد بعد فلا يدخل تحت الإيجاب مع الشك، وكذا إذا قال لها: ما في بطنك حر إلا أن ههنا يعتق من يوم حلف، وفي الفصل الأول يوم تلد، لأن هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا.

ولو قال لها: إذا حملت فأنت حرة فولدت لأقل من سنتين أو لسنتين من وقت الكلام لا تعتق، وإن ولدت لأكثر من سنتين تعتق، لأن يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين، فإذا ولدت لأقل من سنتين أو لسنتين يحتمل أنها كانت حبلى من وقت الكلام لا تعتق، وإن ولدت لأكثر مّن سنتين أو لسنتين يحتمل أنها كانت حبلى وقت اليمين، ويحتمل أنه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك في شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع الشك، فأما إذا ولدت لأكثر من سنتين فقد تيقنا أن الحمل حصل بعد اليمين، لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق.

فإن قيل: أليس أن من أصلكم أن الوطء إذا كان مباحاً تقدر مدة الحبل بستة أشهر فهلا قدرتم ههنا كذلك، فالجواب أن هذا من أصلنا فيما لم يكن فيه إثبات رجعة أو إعتاق بالشك، ولو جعلنا مدة الحمل ههنا ستة أشهر لكان فيه إثبات العتق بالشك، وهذا لا يجوز ثم إن ولدت بعد المقالة لأكثر من سنتين حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة، فإن وطئها قبل الولادة لأقل من ستة أشهر فعليه العقر، وإن وطئها قبل الولادة لستة أشهر فصاعداً لا عقر عليه، لأنها إذا ولدت لأقل من ستة أشهر منذ وطئها علم أنه وطئها وهي حامل، لأن الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر، فإذا وضعت لأقل من ستة أشهر بعد الوطء علم أن العلوق حصل قبل هذا الوطء فيجب عليه العقر، لأنه علم أنه وطئها بعد ثبوت الحرية، فإذا ولدت لستة أشهر فصاعداً من وقت الوطء يحتمل أن الحمل حصل بذلك الوطء فلا يجب العقر، لأن الوطء لم يصادف الحرية، ويحتمل أنه حصل بوطء قبله فيجب العقر فيقع الشك في وجوب العقر فلا يجب مع الشك، وينبغي في الورع والتنزه إذا قال لها هذه المقالة ثم وطئها أن يعتزلها حتى يعلم أحامل أم لا، فإن حاضت وطئها بعدما طهرت من حيضها لجواز أنها قد حملت بذلك الوطء فعتقت، فإذا وطئها بعد ذلك كان وطء الحرة فيكون حراماً فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام. فإذا حاضت تبين أن الحمل لم يوجد، إذ الحامل لا تحيض، ولهذا تستبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم.

ولو باع هذه الجارية قبل أن تلد ثم ولدت في يد المشتري ينظر إن ولدت لأقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز أن الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك، وإن ولدت لأقل من سنتين بعد اليمين ينظر إن كان ذلك لأقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع، لأنه حدث الولد قبل البيع فعتقت هي وولدها، وبيع الحر لا يجوز، وإن كان ذلك لستة أشهر فصاعداً من وقت البيع فإنها لا تعتق، لأن من الجائز أن الولد حدث بعد البيع، والبيع قد صح فلا يفسخ بالشك.

ولو قال لها: إن كان حملك غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة فكان حملها غلاماً وجارية لم يعتق أحد منهم، لأن الحمل اسم لجميع ما في الرحم، قال الله تعالى: ﴿**وأولاتُ الأحمالِ أجلهنَّ أنْ يضعنَ حملهنّ**﴾[1] والمراد منه جميع ما في البطن حتى لا تنقضي العدة إلا بوضع جميع ما في الرحم، وليس كل الحمل الغلام وحده ولا الجارية وحدها بل بعضه غلام، وبعضه جارية، فصار كأنه قال إن كان كل حملك غلاماً فأنت حرة، وإن كان كل حملك جارية فهي حرة فولدت غلاماً وجارية فلا يعتق أحدهم؛ وكذلك لو قال: إن كان ما في بطنك، لأن هذا عبارة عن جميع ما في بطنها.

ولو قال: إن كان في بطنك عتق الغلام والجارية، لأن قوله إن كان في بطنك غلام ليس عبارة عن جميع ما في البطن، بل يقتضي وجوده، وقد وجد غلام ووجد أيضاً جارية فعتقا.

ولو قال لها: إن كنت حبلى فأنت حرة فولدت لأقل من ستة أشهر فهي حرة وولدها، وإن ولدت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فإذا أتت لأقل من ستة أشهر علم أن الحمل كان موجوداً وقت اليمين فتعتق الأم لوجود شرط عتقها، وهو كونها حاملاً وقت اليمين، ويعتق الحمل بعتقها تبعاً لها وإذا

(١) سورة الطلاق، الآية: (٤).

أنت لستة أشهر أو أكثر يحتمل أن يكون بحمل حادث بعد اليمين فلا يعتق ويحتمل أن يكون بحمل موجود وقت اليمين فيعتق، فوقع الشك في العتق فلا يعتق مع الشك.

ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد، لأن كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت إلا أن التدبير تعليق بالشرط قولاً، والاستيلاد تعليق بالشرط فعلاً، لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب، ولكل واحد منهما كتاب مفرد.

وأما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة فنحو أن يقول لأمته كل ولد تلدينه فهو حر، وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق، وهو إن وإذا ونحو ذلك، لأن كلمة كل ليست كلمة تعليق، بل هي كلمة الإحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى/ لوجود معنى التعليق [أ/١٦٣/ج] فيه، لأنه أوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذي تلده، فيتوقف وقوع العتق على انصافه بتلك الصفة، كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحاً في قوله إن ولدت ولداً أو إن دخلت الدار ونحو ذلك، فكان معنى التعليق موجوداً فيه فلا يصح إلا إذا كانت الأمة في ملكه وقت التعليق، حتى لو قال لأمة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حرّ لا يصح، حتى لو اشتراها فولدت منه ولداً لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق، وعدم الإضافة إلى الملك وسببه، ويصح إذا كانت الأمة في ملكه وقت التعليق، وقيام الملك في الأمة يكفي لصحته، ولا يشترط إضافة الولادة إلى الملك للصحة بأن يقول كل ولد تلدينه وأنت في ملكي فهو حر لما بينا فيما تقدم.

ثم إن ولدت في ملكه يعتق الولد لوجود الشرط في الملك، وإن ولدت في غير ملكه لا يعتق لعدم الملك وتبطل اليمين لوجود الشرط كما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه فدخل الدار يبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانياً فدخل الدار لا يعتق كذا هذا.

وعلى هذا إذا قال لعبد يملكه أو لا يملكه كل ولدٍ يولد لك فهو حر فولد له ولد من أمة، فإن كانت الأمة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد وإلا فلا، وينظر في ذلك إلى ملك الأمة لا إلى ملك العبد، لأن الولد في الرق والحرية يتبع الأم لا الأب، فإذا كانت الأمة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها إلى وقت الولادة وملك الأم سبب ثبوت ملك الولد فصار كأنه قال كل ولد يولد لك من أمة لي فهو حر فإذا لم تكن الأمة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهراً فلم يوجد التعليق في الملك ولا الإضافة إلى الملك فلا يصح هذا إذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح، فأما إذا ولد منها من سفاح بأن زنى الغلام بها فولدت منه هل يعتق أم لا، فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسائل «**الجامع**».

ولو قال لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر، أو إن ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتاً ثم ولدت ولداً حياً لا شك في أنه لا يعتق الولد الميت، وإن كان الولد الميت ولداً حقيقة، وهل يعتق الولد الحي، قال أبو حنيفة: يعتق، وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق.

وحاصل الكلام يرجع إلى كيفية الشرط أن الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حي، فعندهما الشرط

ولادة ولد مطلق، فإذا ولدت ولداً ميتاً فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك، وعند أبي حنيفة الشرط ولادة ولد حي فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حيّ.

وجه قولهما: أن الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق، لأنه أطلق اسم الولد ولم يقيده بصفة الحياة والموت، والولد الميت ولد حقيقة حتى تصير المرأة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الجارية أم ولد له، ولهذا لو كان المعلق عتق عبد آخر أو طلاق امرأة نزل عند ولادة ولد ميت.

وكذا إذا قال لها: إن ولدت ولداً فهو حر وعبدي فلان فولدت ولداً ميتاً عتق عبده ولو لم تكن هذه الولادة شرطاً لما عتق، فإذا ولدت ولداً ميتاً فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزاء فينحل اليمين لا إلى جزاء وتبطل كما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل اليمين لكن لا إلى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق، وإن أمكن تقييد التعليق بالملك كأنه قال إن دخلت الدار وأنت في ملكي مع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا.

ولأبي حنيفة: أن الإيجاب أضيف إلى محل قابل للحرية إذ العاقل الذي لا يقصد إيجاب الحرية فيما لا يحتمل الحرية لأنه سفه، والقابل للحرية هو الولد الحي فيتقيد به كأنه قال أول ولد ولدتيه حياً فهو حر، كما إذا قال لآخر: إن ضربتك فعبدي حر أنه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا ههنا، ولا فرق سوى أن ههنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقق الشرط، بخلاف ما إذا علق بالولادة عتق عبد آخر أو طلاق امرأته، لأن هناك المحل المضاف إليه الإيجاب قابل للعتاق والطلاق فلا ضرورة إلى التقييد بحياة الولد كما إذا قال لها إن ولدت ولداً فأنت حرة، أو قال أول ولد تلدينه فأنت حرة فولدت ولداً/ ميتاً عتقت، وههنا بخلافه وهو الجواب عن قوله إذا ولدت ولداً فهو حر [ب/١٦٣/ج] وعبدي فلان إن ولادة الولد الميت تصلح شرطاً في عتق عبد آخر لكون المحل قابلاً للتعليق ولا تصلح شرطاً في عتق الولد لعدم قبول المحل.

ويجوز أن يعلق بشرط واحد جزآن، ثم ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر لمانع كمن قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فكذبها يقع الطلاق عليها، ولا يقع على الأخرى، وإن كان الشرط واحداً كذا هذا.

وأما التعليق بدخول الدار فإنما لم يتقيد بالملك، لأن التقييد للتصحيح والإيجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط، ألا ترى أنه يقف على إجازة المالك، والباطل لا يقف على الإجازة وإنما الملك شرط النفاذ، أما ههنا فلا وجه لتصحيح الإيجاب في الميت رأساً لعدم احتمال المحل إذ لا سبيل إلى إعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة إلى التقييد بصفة الحياة.

وذكر محمد في «الأصل» إذا قال أول عبد يدخل عليّ فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافاً، فمن أصحابنا من قال هذا قول أبي حنيفة خاصة لأن ما أضيف إليه الإيجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب إلا بصفة الحياة فصار كأنه قال أول عبد يدخل علي حياً فهو حر كما في الولادة، فأما على

قولهما فلا يعتق، لأن الحالف أطلق اسم العبد فيجري على إطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما في الولادة.

ومنهم من قال: هذا قولهم جميعاً.

قال القدوري: وهو الصحيح لأنه علق العتق باسم العبد، والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد الشرط بإدخاله عليه فيعتق الثاني لوجود الشرط في حقه بخلاف الولد، لأن الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة.

فإن قيل: الرِّق لا يبطل بالموت بدليل أنه يجب على المولى كفن عبده الميت فالجواب: أن وجوب الكفن لا يدل على الملك، ألا ترى أن من مات ولم يترك شيئاً فكفنه على أقاربه، وإن لم يكن هناك ملك، وإذا زال ملكه عن الميت صار الثاني أول عبد من عبيده أدخل عليه فوجد الشرط فعتق.

ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لي فهو حر ويقع على ما في ملكه في الحال حتى لو لم يكن يملك شيئاً يوم الحلف كان اليمين لغواً حتى لو ملكه في المستقبل لا يعتق، لأن هذا الكلام لا يستعمل إلا للحال فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك له في الحال.

وكذا إذا علق بشرط قدم الشرط أو أخر بأن قال: إن دخلت هذه الدار فكل مملوك لي حر، أو قال: إذا دخلت أو إذا ما دخلت، أو متى دخلت أو متى ما دخلت، أو قال: كل مملوك لي حر إن دخلت الدار فهذا كله على ما في ملكه يوم حلف، وكذا إذا قال: كل مملوك أملكه ولا نية له. لأن صيغة أفعل وإن كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الإطلاق يراد به الحال عرفاً وشرعاً ولغة، أما العرف فإن من قال فلان يأكل أو يفعل كذا يريد به الحال أو يقول الرجل: أنا أملك ألف درهم يريد به الحال.

وأما الشرع: فإن من قال أشهد أن لا إله إلا الله يكون مؤمناً.

ولو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا يكون شاهداً، ولو قال: أقرّ أن لفلان عليّ كذا صح إقراره، وأما اللغة فإن هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الأصالة لأنه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين وسوف فكانت الحال أصلاً فيها والاستقبال دخيلاً فعند الإطلاق يصرف إلى الحال.

ولو قال: عنيت به ما أستقبل ملكه عتق ما في ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا أن ظاهر هذه الصيغة للحال، فإذا قال: أردت به الاستقبال فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق في قوله أردت ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق عليه بإقراره، كما إذا قال: زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم، ثم قال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا.

وكذا لو قال: كل مملوك أملكه الساعة فهو حرّ إن هذا يقع على ما في ملكه وقت الحلف ولا يعتني ما يستفيده بعد ذلك إلا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لأن المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند الناس وهي الحال لا الساعة الزمانية التي يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفيده بعده، فإن قال أردت به من أستفيده في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه، لأن اللفظ

[أ/١٦٤/ج] يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق في صرفه اللفظ عمن يكون في ملكه للحال سواء أطلق/ أو علق بشرط قدم الشرط أو أخر بأن قال إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر أو قال كل مملوك أملكه حر إن دخلت الدار فهذا والأول سواء في أن اليمين إنما يتعلق بما في ملكه يوم حلف لأنه علق العتق بشرط فيتناول ما في ملكه لا ما يستفيده كما إذا قال: كل عبد يدخل الدار فهو حر، فإن قال: أردت به ما استحدث ملكه عتق ما في ملكه إذا وجد الشرط باليمين، وما يستحدث بإقراره، لأنه لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره ويصدق في التشديد على نفسه، فإن لم يكن في ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لأنها تتناول الحال، فإذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله إن كلمت فلاناً أو إن دخلت الدار فكل مملوك أشتريه فهو حر أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق، لأن قوله أشتري أو أتزوج لا يحتمل الحال فاقتضى ملكاً مستأنفاً وقد جعل الكلام أو الدخول شرطاً لانعقاد اليمين فيمن يشتري أو يتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين.

ولو قال: كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد في يومه ذلك مملوكاً آخر عتق ما في ملكه وما استفاد ملكه في اليوم لو قال هذا الشهر أو هذه السنة، لأنه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وأن يكون التوقيت مقيداً ولو لم يتناول إلا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مقيداً، فإن قال عنيت به أحد الصنفين دون الآخر لم يدين في القضاء لأنه نوى تخصيص العموم وأنه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل، لأن الله مطلع على نيته.

ولو قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر ولا نية له، ذكر محمد في الجامع أنه يعتق من ملكه في غد ومن كان في ملكه قبله، وهو قوله في الإملاء أيضاً وهو إحدى روايتي ابن سماعة عنه.

وقال أبو يوسف: لا يعتق إلا من استفاد ملكه في غد ولا يعتق من جاء غد وهو في ملكه، وهو إحدى روايتي ابن سماعة عن محمد.

وجه قول محمد أنه أوجب العتق لكل من يضاف إليه الملك في غد فيتناول الذي ملكه في غد والذي ملكه قبل الغد كأنه قال في الغد: كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول الكل.

وجه قول أبي يوسف: أن قوله أملك إن كان للحال عند الإطلاق ولكنه لما أضاف العتق إلى زمان في المستقبل انصرف إلى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف إليه بقرينة السير فلا يتناول الحال.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس الشهر الليلة التي يهل فيها الهلال، ومن الغد إلى الليل، وكان القياس: أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه، لأن رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله، إلا أنهم جعلوه اسماً لما ذكرنا للعرف والعادة، فإنه يقال في العرف والعادة لأول يوم من الشهر هذا رأس الشهر.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر، قال: ليس هذا على ما في ملكه، إنما هو على ما يملكه يوم الجمعة، فهذا على أصل أبي يوسف صحيح، لأنه أضاف العتق إلى زمان مستقبل، فإن قال: كل مملوك لي حر يوم الجمعة فهذا على من في ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس

هو على من يستقبل، لأنه عقد يمينه على من في ملكه في الحال وجعل عتقهم موقتاً بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال.

فأما إذا قال: كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر، فهذا على ما في ملكه في قولهم، لأنه جعل مجيء الغد شرطاً لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه، لكن عند مجيء غد والله عز وجل أعلم.

ومن هذا القبيل الإعتاق للمضاف إلى المجهول عند بعض مشايخنا، لأنه تعليق معنى لا صورة، ولا يثبت العتق في أحدهما قبل الاختيار، وإنما ثبت عند الاختيار في أحدهما عيناً، وهو الذي يختار العتق فيه مقصوراً على الحال، كأنه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه، كالتعليق بسائر الشروط، ومن دخول الدار وغير ذلك، إلا أنه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعاً، وههنا يدخل على الحكم لا على السبب، كالتدبير والبيع بشرط الخيار، كذا قال بعض مشايخنا في كيفية الإعتاق المضاف إلى المجهول، وبعضهم: نسب هذا القول لأبي يوسف، ويقال: إنه قول أبي حنيفة أيضاً.

وقال بعضهم: هو تنجيز للعتق في غير العتق للحال، واختيار العتق في أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده، وبعضهم نسب هذا القول إلى محمد.

والحاصل: أن الخلاف في كيفية هذا التصرف على الوجه الذي وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا، لكنه مدلول عليه ومشار إليه.

أما الدلالة فإنه ظهر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في الطلاق فيمن/ قال لامرأتيه إحداكما طالق [ب/١٦٤/ج] أن العدة تعتبر من وقت الاختيار في قول أبي يوسف، والعدة إنما تجب من وقت وقوع الطلاق، فيدل على أن الطلاق لم يكن واقعاً، وإنما يقع عند الاختيار مقصوراً عليه، وفي قول محمد: تعتبر من وقت الكلام السابق، وهذا يدل على أن الطلاق قد وقع من حين وجوده، وإنما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق.

وأما الإشارة فإنه روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته، ويقال له: أعتق، وهذا إشارة إلى أن العتق غير نازل في المحل، إذ لو كان نازلاً لما كان معلقاً بالذمة.

ومعنى قوله: يقال له أعتق أي اختر العتق لإجماعنا على أنه لا يكلف بإنشاء الإعتاق.

وذكر محمد في «الزيادات» يقال له: بيّن، وهذا إشارة إلى الوقوع في غير المعين، لأن البيان للموجود لا للمعدوم، وإلى هذا ذهب الكرخي والقدوري وحققا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد، إلا أن القدوري حكى عن الكرخي أنه كان يفرق بين العتاق والطلاق، فيجعل الاختيار بياناً في الطلاق بالإجماع من قبل أن العتاق يحتمل الثبوت في الذمة، والطلاق لا يحتمل؛ قال: وكان غيره من أصحابنا يسوي بينهما، لأن الطلاق أيضاً يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة. ألا ترى أن الفرقة واجبة على العنين، وإنما يقوم القاضي مقامه في التفريق وهو الصحيح أنهما يستويان، لأن تعلق العتق بالذمة ليس معناه إلا انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع، وهو معنى حق الحرية دون الحقيقة، وهما في هذا المعنى مستويان.

وجه القول الأول: أن قوله: أحدكما حُرّ تنجيز الحرية في أحدهما، وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق إلا أنه تنجيز في غير المعين فيتعين بالاختيار. ووجه القول الثاني أن العتق إما أن يثبت باختيار العتق وإما أن يثبت بالكلام السابق، والثاني لا سبيل إليه، لأن اختيار العتق لم يعرف إعتاقاً في الشرع. ألا ترى أنه لو قال لعبده: اخترت عتقك لا يعتق، فلا بد وأن يثبت بالكلام السابق، فلا يخلو إما أن يثبت حال وجوده في أحدهما غير عين ويتعين باختياره وإما أن يثبت عند وجود الاختيار في أحدهما عيناً وهو تفسير التعليق بشرط الاختيار، لا وجه للأول لأنه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر إلى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق إلى الحر أو استرقاق الحر، والأول محال والثاني غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهي أن يثبت العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصوراً على حال الاختيار وهو تفسير التعليق، ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان، منهم من قال البيان إظهار محض ومنهم من قال هو إظهار من وجه وإنشاء من وجه.

واستدلوا بما ذكر محمد في «الزيادات» في موضع يقال له بين، وفي موضع يقال له أعتق، وزعموا أن المسائل تتخرج عليه، وهذا غير سديد، لأن القول الواحد لا يكون إظهاراً وإنشاء إذ الإنشاء إثبات أمر لم يكن والإظهار إبداء أمر قد كان وبينهما تناف، وثمرة هذا الاختلاف تظهر في الأحكام، وإنها في الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحة القول الأول، وبعضها يدل على صحة القول الثاني، ونحن نشير إلى ذلك إذا انتهينا إلى بيان حكم الإعتاق، وبيان وقت ثبوت حكمه، فأما ترجيح أحد القولين على الآخر، وتخرج المسائل عليه فمذكوران في الخلافيات.

وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فنحو أن يقول لعبد لا يملكه: إن ملكتك فأنت حر أو إن اشتريتك فأنت حر وأنه صحيح عندنا حتى لو ملكه أو اشتراه يعتق، وإن لم يكن الملك موجوداً وقت التعليق.

وقال الشافعي[1]: لا يصح ولا يعتق.

وقال بشر المريسي: يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء، أما الكلام مع الشافعي فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق، وأما مع بشر فوجه قوله: أن اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك ولم توجد الإضافة إلى الملك، لأن الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل فلم توجد الإضافة إلى الملك فلا يصح بخلاف قوله إن ملكتك.

ولنا: أن مطلق الشراء ينصرف إلى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار وأنه من أسباب الملك، فكان ذكره ذكراً للملك والإضافة إليه إضافة إلى الملك كأنه قال إن ملكتك فأنت حر، ولأنه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت/ العتق كان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك كأنه قال: إن اشتريتك شراءً موجباً للملك فأنت حرّ، فإذا اشتراه شراء موجباً للملك فقد وجد الشرط فيعتق. [١٦٥/أ/ج]

---

(١) انظر «مختصر اختلاف الفقهاء» (٣/ ١٨٧).

ولو قال: إن تسريت جارية فهي حرة فاشترى جارية فتسراها لا تعتق عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: تعتق، ولو تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت بالإجماع.

وجه قول زفر: أنه وجدت الإضافة إلى الملك، لأن التسري لا يصح بدون الملك فكانت الإضافة إلى التسري إضافة إلى الملك فيصح التعليق.

ولنا: أنه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الإضافة إلى الملك، والكلام فيه ولا إلى سبب الملك، لأن التسري ليس من أسباب الملك، ألا ترى أنه يتحقق في غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك أو سببه ولم يوجد شيء من ذلك.

وأما قوله: إن التسري لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم أن الملك شرط صحة التسري وجوازه لكن الحالف جعل وجوده شرط العتق والتسري نفسه يوجد من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقاً بسبب الملك فلم يصح، ثم اختلف في تفسير التسري، قال أبو حنيفة ومحمد هو أن يطأها ويحصنها ويمنعها من الخروج والبروز سواء طلب منها الولد أو لم يطلب، وقال أبو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط.

وجه قوله: أن الإنسان يطأ جاريته ويحصنها، ولا يقال لها: سرية، وإنما يقال ذلك إذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده. هذا هو العرف والعادة.

ولهما: أنه ليس في لفظ التسري ما يدل على طلب الولد، لأنه لا يخلو إما أن يكون مأخوذاً من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى أنه أسرى الجواري أي أشرفهن، وإما أن يكون مأخوذاً من السر وهو الجماع، قال الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾[1] قيل: جماعاً وليس في أحدهما ما ينبي عن طلب الولد ولو وطيء جارية كانت في ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم تعتق لعدم التسري، لأنه لم يوجد منه إلا الوطء، والوطء وحده لا يكون تسرياً بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق.

ولو قال لامرأة حرة: إن ملكتك فأنت حرة، أو قال لها: إن اشتريتك فأنت حرة فارتدت عن الإسلام ولحقت بدار الحرب، ثم سبيت فاشتراها الحالف ذكر محمد في «**الجامع**» أن على قياس قول أبي حنيفة لا تعتق، وعند أبي يوسف ومحمد: تعتق، يعني به قياس قوله في المكاتب والعبد المأذون إذا قال: كل عبد أملكه فيما استقبل فهو حر، أو قال: كل عبد أشتريه فهو حر فيعتق ثم ملك عبداً أو اشترى عبداً على قول أبي حنيفة لا يعتق، وعلى قولهما: يعتق، والمسألة تأتي في موضعها.

ولو قال لأمة لا يملكها: إن اشتريتك فأنت حرة بعد موتي فاشتراها صارت مدبرة لأنه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء، لأن قوله: أنت حرة بعد موتي صورة التدبير، وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلاً: أنت حرة بعد موتي.

وأما التعليق بالملك، أو بسببه معنى لا صورة فهو أن يقول الحر: كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر، ويتعلق العتق بملك يستفيده لأنه نص على الاستقبال وروى ابن سماعة عن محمد في «النَّوادر» إذا قال:

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٥).

قال: كل جارية أشتريها إلى سنة فهي حرة ساعة يشتريها قال: وإن قال: كل جارية أشتريها إلى سنة فهي حرة فكل جارية يشتريها إلى سنة فهي حرة ساعة يشتريها قال: وإن قال: كل جارية أشتريها فهي حرة إلى سنة فاشترى جارية لم تعتق إلى سنة، لأنه في الفصل الأول عقد يمينه على الشراء في السنة فتعتق كل جارية يشتريها في السنة ساعة الشراء كأنه قال عند الشراء: أنت حرة فتعتق.

وفي الفصل الثاني جعل الشراء شرطاً لعتق مؤقت بالسنة فكأنه قال بعد الشراء أنت حرة إلى سنة.

قال: ولو قال: كل مملوك أشتريه فهو حر غداً فهذا عندي على كل مملوك يشتريه قبل الغد، وإن اشترى مملوكاً غداً لا يعتق، لأنه جعل الشراء شرطاً لزوال حرية مؤقتة بوجود الغدّ فلا بُدّ من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به.

ولو قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة، فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة أولها من حين حلف بعد سكوته في قولهم جميعاً ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك، لأنه لما أضاف العتق إلى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل وإذا انصرف إلى الاستقبال لا يحمل على الحال إذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غداً عند محمد، لأن ذاك ليس أصلاً إلى الاستقبال بل هو إيقاع عتق على موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة.

وكذلك إذا قال: كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو في ثلاثين سنة، أو قال:/ أملكه إلى سنة أو سنة أو في سنة، أو قال: أملكه أبداً أو إلى أن أموت، فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه، لأنه أضاف الحرية إلى المستقبل، فإن قال أردت بقولي كل مملوك أملكه سنة أن يكون ما في ملكه يوم حلف مستداماً سنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء، لأن الظاهر أنه إنما وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق في العدول عن الظاهر. [ب/١٦٥/ج]

ولو قال: إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذٍ فهو حراً أو قال إذا قدم فلان فكل مملوك أملكه يومئذٍ فهو حر ولا نية له عتق ما في ملكه يوم دخل الدار لأنه علق عتق كل عبد يكون مملوكاً له يوم الدخول بالدخول، لأن معنى قوله يومئذٍ أي يوم الدخول، هذا هو مقتضى اللغة لأن تقديره يوم إذا دخل الدار لأنه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكاً له يوم الدخول فكأنه قال عند الدخول: كل مملوك لي فهو حر، وسواء دخل الدار ليلاً أو نهاراً لأن اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إلا مُتَحَرِّفاً لقتالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إلى فئةٍ فَقَدْ باءَ بغضبٍ مِنَ اللَّهِ ومَأواهُ جهنَّم وبئسَ المصيرِ﴾[1] وهذا الوعد يلحق المولى دبره ليلاً ونهاراً، ولأن غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص بوقت دون وقت.

ولو قال: كل مملوك اشتريته فهو حُرّ إن كلمت أو إذا كلمت فلاناً أو إذا جاء غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تكلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق، ولو قدم الشرط فقال: إن كلمت فلاناً أو إذا كلمت فلاناً أو إذا جاء غد فكل مملوك اشتريته فهو حر، فهذا على ما

---

(١) سورة الأنفال، الآية: (١٦).

يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى بعده يعتق.

ووجه الفرق: أن في الفصل الأول جعل الكلام شرط انحلال اليمين، لأن قوله كل مملوك أشتريه فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء، فإذا قال إن كلمت فلاناً فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها، فإذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله: كل مملوك لي حر إن دخلت الدار.

وفي الفصل الثاني: جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين، فإذا كلمه الآن انعقدت اليمين فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كأنه قال: عند الكلام كل مملوك أشتريه فهو حر وذلك يتناول المستقبل.

ولو قال: كل مملوك أشتريه إذا دخلت الدار فهو حر، أو قال: إن قَدِمَ فلانٌ فهذا على ما يشتري بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما اشترىٰ قبل ذلك إلا أن يعينهم، لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار كأنه قال: كل مملوك أشتريه فهو حُرّ.

والدليل على أنه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين أن قوله: كل مملوك أشتريه شرط، وقوله: إذا دخلت الدار شرط آخر، ولا يمكن أن يجعلا شرطاً واحداً لعدم حرف العطف، ولا سبيل إلى إلغاء الشرط الثاني، لأن إلغاء تصرف العاقل مع إمكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان:

أحدهما: أن يجعل الشرط الثاني مع جزائه يميناً وجزاء الشرط الأول، وحينئذٍ لا بد من إدراج حرف الفاء، لأن الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير.

والثاني: أن يجعل شرط الانعقاد وفيه تغيير أيضاً يجعل المقدم من الشرطين مؤخراً إلا أن التغيير فيه أقل، لأن فيه تبديل محل الكلام لا غير، وفي الأول إثبات ما ليس بثابت فكان الثاني أقل تغييراً فكان التصحيح به أولى، وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين الشرط والجزاء، ولو نوى الوجه الأول صحت نيته، لأن اللفظ يحتمله، ولهذا قال محمد: إلا أن يعني غير ذلك، فيكون على ما عنى.

ولو قال المكاتب أو العبد المأذون: كل عبد أملكه فهو حر فعتق ثم ملك عبداً لا يعتق، لأن قوله أملك للحال لما يتناوله للحال نوع ملك إلا أنه غير صالح للإعتاق فتنحل اليمين لا إلى جزاء.

ولو قال: كل مملوك أملكه إذا أعتقت فهو حر فعتق فملك عبداً عتق، لأنه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وإنه ملك صالح للإعتاق فصحت الإضافة بخلاف الصبي إذا قال: كل مملوك أملكه بعد البلوغ فهو حُرّ ثم بلغ فملك عبداً أنه لا يعتق، لأن الصبي ليس من أهل الإعتاق تنجيزاً وتعليقاً لكونه من التصرفات الضارة المحضة، / فأما العبد فهو من أهله لكونه عاقلاً بالغاً إلا أنه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرط وهو [١٦٦/أ/ج] الملك الصالح، فإذا علق بملك يصلح شرطاً له صح.

ولو قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حُرّ أو قال: كُلّ مملوك أشتريه فهو حر فعتق فملك بعد ذلك عبداً أو أشترى عبداً لا يعتق عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يعتق.

وجه قولهما: أن قوله أملكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه إلى آخر عمره فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر، ولأن في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه، وفي الحمل على الحال إبطال فكان الحمل على الاستقبال أولى.

ولأبي حنيفة: أن للمكاتب نوع ملك ضروري ينسب إليه في حالة الرق في حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق، ألا ترى إلى قول النبي ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ»[1] الحديث أضاف المال إليه بلام الملك دل أن له نوع ملك فهو مراد بهذا الإيجاب بالإجماع بدليل أنه لو قال: إن ملكت هذا العبد بعينه في المستقبل فهو حر فملكه في حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعدما صار حراً لا يعتق وتنحل اليمين بالشراء الأول، لأن الملك المجازي مراد فخرجت الحقيقة عن الإرادة كي لا يؤدي إلى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد، وقد قالوا في عبد قال لله تعالى عليّ عتق نسمة أو إطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه إذا عتق لأن هذا إيجاب الإعتاق والإطعام في الذمة وذمته تحتمل الإيجاب فيصح ويلزمه الخروج عنه بعد العتق.

ولو قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر أو إن اشتريت هذه الشاة فهي هدي لم يلزمه ذلك في قياس قول أبي حنيفة حتى يضيف إلى ما بعد العتق فيقول:إن اشتريته بعد العتق.

وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمانه، لأن من أصل أبي حنيفة أن العبد يضاف إليه الشراء في الحال، وإن كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة، ومن أصلهما أن هذا يتناول ما يستقبل من الشراء في عمره وتصحيح اليمين أيضاً أولى من إبطالها، وقد قالوا جميعاً في مكاتب أو عبد قال إن دخلت هذه الدار فعبدي هذا حر ثم أعتق فدخل الدار:لم يعتق العبد؛ لأن هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد الإضافة إلى ما يصلح، وقالوا في حر قال لامرأة حرة إذا ملكتك فأنت حرة أو إذا اشتريتك فأنت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف. إنها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة، وعندهما تعتق بناءً على أن من أصل أبي حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل في الحال وهو ملك النكاح ههنا، والشراء أيضاً يصلح عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح، والحرية أيضاً تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق.

وكلام أبي حنيفة في هذا الفصل ظاهر، لأن اليمين تحمل على ما يسبق إلى الأوهام ولا تنصرف الأوهام إلى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسبيها، لأن ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه إلى ما ذكرنا أولى من صرفه إلى ما تسبق إليه الأوهام، ومن أصلهما أنه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي الصالح للإعتاق وهو الذي يوجد بعد السبي.

ولو قال لها: إذا ارتدت وسبيت فملكتك أو اشتريتك فأنت حرة فكان ذلك عتقت في قولهم، لأنه

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٤) في البيوع باب بيع النخل بأصله ومسلم (١٥٤٣) وأبو داود (٣٤٣٣) والنسائي ٧/ ٢٩٧ في البيوع باب العبد يباع ويستثني المشتري ماله وابن ماجه (٢٠٨٦) وأحمد ٢/ ٩ والشافعي ٢/ ١٤٨ وابن حبان ١١/ ٤٩٢٣، في البيوع باب ذكر البيان بأن النخل إذا أجرت والعبد الذي له ماله.

أضاف العتق إلى الملك الحقيقي فيضاف إليه، والله عز وجل أعلم.

ومن هذا القبيل إذا قال: أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق، لأن الأول اسم لفرد سابق وقد وجد، ولو اشترى عبدين معاً لم يعتق أحدهما، لأنه إن وجد معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد فإن اشترى عبدين معاً ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث، لأنه إن وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد استشهد محمد في الكتاب لبيان الثالث ليس بأول أنه لو قال: آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدين معاً ثم اشترى آخر، ثم مات المولى أنه يعتق الثالث فدل أنه آخر، وإذا كان آخراً لا يكون أولاً ضرورة لاستحالة كونه ذات واحدة من المخلوقين أولاً وآخراً.

ولو قال: أول عبد أشتريه واحداً فهو حر عتق الثالث، لأنه أعتق عبداً يتصف بكونه فرداً سابقاً في حال الشراء وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم يعتق لأن الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولاً لا آخراً، ولو اشترى عبداً ثم عبداً ثم مات المولى عتق الثاني، لأنه آخر عبد اشتراه.

واختلف/ في وقت ثبوت العتق فعند أبي حنيفة يعتق يوم اشتراه، وعند أبي يوسف ومحمد: يوم [ب/١٦٦/ج] مات.

وجه قولهما: أنه علق العتق بصفة الآخرية، وإنما يتحقق عند موته إذا لم يشتر آخراً، ألا ترى أنه لو اشترى بعده عبداً آخر حرم هو من أن يكون آخراً فيتوقف اتصافه بكونه آخراً على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك إلا بالموت لأبي حنيفة أنه لما لم يشتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخراً يوم اشتراه إلا أنا كنا لا نعرف ذلك لجواز أن يشتري آخر بعده فتوقفنا في تسميته آخراً فإذا لم يشتر آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان آخراً من وقت الشراء، ولو اشترى عبداً ثم عبدين معاً لم يعتق أحدهم.

أما الأول: فلا شك فيه لأنه أول فلا يكون آخراً، وأما الآخران فلأن الآخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما، وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط فالحالف لا يخلو إما أن يكون مقراً بوجود الشرط، وإما أن يكون منكراً وجوده، فإن كان مقراً يظهر بإقراره كائناً ما كان من الشرط، وإن كان منكراً، فإن كان الشرط مما لا يعرف إلا من قبل المحلوف بعتقه كمشيئة ومحبة وبغضة والحيض ونحو ذلك يظهر بقوله. وإذا اختلفا كان القول قوله، لأنه إذا كان أمراً لا يعرف إلا من قبله كان الظاهر شاهداً له فكان القول قوله، وإن كان أمراً يمكن الوصول إليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك إذا اختلفا لا يظهر إلا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى، لأن العبد يدعي عليه العتق وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه، ولو كان الشرط ولادة الأمة بأن قال لها: إن ولدت فأنت حرة، فقالت ولدت فكذبها المولى فشهدت امرأة على الولادة لا تعتق عند أبي حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان وعندهما تعتق بشهادة امرأة واحدة ثقة، والمسألة مرت في فصول العدة من كتاب الطلاق.

وأما الثالث: وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الإعتاق المضاف إليه ومن لا يدخل

فنقول وبالله التوفيق: يدخل تحته عبد الرهن والوديعة والآبق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والأنثى لانعدام الخلل في الملك والإضافة.

ولو قال: غنيت به الذكور دون الإناث لم يدين في القضاء، لأنه أدخل كلمة الإحاطة على المملوك، فإذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وأنه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى ما يحتمله كلامه، ويدخل فيه المدبر والمدبرة وأم الولد وولداهما لما قلنا.

ألا ترى أن للمولى أن يطأ المدبرة وأم الولد مع أن حل الوطء منفي شرعاً إلا بأحد نوعي الملك مطلقاً بقوله تعالى: ﴿وَالّذينَ هُمْ لِفُروجِهِمْ حَافِظُونَ * إلا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيرُ مَلومين﴾[1] ولا يدخل فيه المكاتب إلا أن يعينه لأنه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حراً يداً فاختل الملك والإضافة فلا يدخل تحت إطلاق اسم المملوك، ولهذا لا يحل له وطؤها ولو وطئها يلزمه العقر وإن عنى المكاتبين عتقوا، لأن الاسم يحتمل ما عنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق، وكذا لا يدخل فيه العبد الذي أعتق بعضه لأنه حر عندهما، وعنده بمنزلة المكاتبة، ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن لما قلنا. وأما عبيد عبده المأذون إذا لم يكن عليه دين فهل يدخلون؟.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يدخلون إلا أن ينويهم. وقال محمد: يدخلون من غير نية.

وجه قوله: أنه إذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق، ولهما: أن في الإضافة إليه قصور، ألا ترى أنه يقال:هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية، لأنه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الإضافة.

والحاصل: أن محمداً يعتبر نفس الملك ولا خلل في نفسه، وهما يعتبران معه الإضافة وفي الإضافة خلل، واعتبارهما أولى، لأن الحالف اعتبر الأمرين جميعاً بقوله: كل مملوك لي فما لم يوجدا على الإطلاق لا يعتق.

وإن كان على عبده دين محيط برقبته وبما في يده لم يعتق عبيده عند أبي حنيفة وإن نواهم بناءً على أصله أن المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون ديناً مستغرقاً لرقبته وكسبه.

وقال أبو يوسف: إن نواهم عتقوا لأنهم مماليكه، إلا أنهم لا يضافون إليه عند الإطلاق، فإذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا، وعند محمد يعتقون وإن لم ينوهم بناءً على ما ذكرنا أن محمداً لا ينظر إلا إلى الملك وهما ينظران إلى الملك والإضافة جميعاً ولا يدخل فيه مملوك/ [١٦٧/أ ج] بينه وبين أجنبي، كذا قال أبو يوسف؛ لأن بعض المملوك لا يسمى مملوكاً حقيقة، وإن نواه عتق استحساناً لأنه نوى ما يحتمله لفظه في الجملة، وفيه تشديد على نفسه فيصدق، وهل يدخل فيه الحمل إن كان أمة في ملكه يدخل ويعتق بعتقها، وإن كان في ملكه الحمل دون الأمة بأن كان موصىً له بالحمل لم يعتق لأنه لا يسمى مملوكاً على الإطلاق، لأن في وجوده خطراً، ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه.

---

(١) سورة المعارج، الآيتان: (٢٩ ـ ٣٠).

والدليل عليه أنه لو قال: إن اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملاً لم يعتقا لأن شرط الحنث شراء مملوكين، والحمل لا يسمى مملوكاً على الإطلاق وكذا لو قال لأمته كل مملوك لي غيرك حر لم يعتق حملها، فثبت أن إطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل فلا يعتق إلا إذا كانت أمة في ملكه فيعتق بعتقها لأنه في حكم أجزائها.

وأما التعليق الذي فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والإعتاق على مال: أما الكتابة فلها كتاب مفرد.

وأما الإعتاق على مال فالكلام فيه في مواضع، في بيان ألفاظه، وفي بيان ماهية الإعتاق على مال.

وفي بيان ما يصح تسميته فيه من البدل وما لا يصح، وفي بيان حكم صحة التسمية وفسادها.

أما الأول: فنحو أن يقول لعبده: أنت حر فلى ألف درهم أو بألف درهم أو على أن تعطيني ألفاً، أو على أن تؤدي إليَّ ألفاً، أو على أن تجيئني بألف، أو على أن لي عليك ألفاً، أو على ألف تؤديها إليّ.

وكذا لو قال: بعت نفسك منك على كذا أو وهبت لك نفسك على أن تعوضني كذا، فهذا وقوله أنت حر على كذا؛ أو أعتقك على كذا سواء إذا قبل عتق لما ذكر فيما تقدم أن البيع إزالة ملك البائع عن المبيع، والهبة إزالة ملك الواهب عن الموهوب.

ثم لو كان المشتري والموهوب له ممن يصح له الملك في المبيع والموهوب يثبت الملك لهما، والعبد ممن لا يصح أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فنفي البيع والهبة إزالة الملك لا إلى أحد ببدل على العبد، وهذا تفسير الإعتاق على مال.

ولو قال: أنت حر وعليك ألف درهم يعتق من غير قبول، ولا يلزمه المال عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يعتق إلا بالقبول، فإذا قبل عتق ولزمه المال، وعلى هذا الخلاف إذا قال العبد لمولاه: اعتقتني ولك ألف درهم فأعتقه، والمسألة ذكرت في كتاب الطلاق.

وأما بيان ماهيته: فالإعتاق على مال من جانب المولى تعليق، وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعىٰ فيه من جانبه أحكام التعليق، حتى لو ابتدأ المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد أن يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع عنه ولا الفسخ ولا النهي عن القبول، ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد، ولا يشترط حضور العبد حتى لو كان غائباً عن المجلس يصح ويصح تعليقه بشرط، وإضافته إلى وقت بأن يقول له إن دخلت الدار وإن كلمت فلاناً فأنت حرّ على ألف درهم، أو يقول إن دخلت أو إن كلمت فلاناً فأنت حر على ألف درهم غداً أو رأس شهر كذا ونحو ذلك، ولا يصح شرط الخيار فيه بأن قال: أنت حر على ألف على أني بالخيار ثلاثة أيام، ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق، لأنه من جانبه تمليك المال بالعوض، وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو ابتدأ العبد فقال اشتريت نفسي منك بكذا فله أن يرجع عنه، ويبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى وبقيام المولى أيضاً، ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت بأن قال: اشتريت نفسي منك بكذا إذا جاء غد أو قال: عند رأس شهر كذا.

ولو قال: إذا جاء غد فأعتقني على كذا جاز، لأن هذا توكيل منه بالإعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود الشرط وبعده وقبل أن يعتق، ولو لم يعزله حتى أعتقه نفذ إعتاقه، ويجوز بشرط الخيار لهما عند أبي حنيفة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق في فصل الخلع والطلاق على مال، ولا يصح الإعتاق على مال إلا في الملك، لأن التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة.

ويعتق العبد بنفس القبول لأنه من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره، ومن جانب العبد معاوضة، وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض في المعاوضات كالبيع ونحوه، بخلاف قوله إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر، لأنه ليس فيه معنى المعاوضة رأساً، بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الأداء فلا يعتق قبله، والعتق/ [ب/١٦٧/ج] ههنا تعلق بالقبول فإذا قبل عتق.

ولو قال المولى: أعتقتك أمس بألف درهم فلم يقبل وقال العبد: قبلت فالقول قول المولى مع يمينه، لأنه من جانب المولى تعليق بشرط القبول، والعبد يدعي وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى، كما لو قال لعبده إن دخلت الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم والعبد يدعي الدخول وأنكر المولى كان القول قول المولى، كذا ههنا.

ولو كان الاختلاف في البيع كان القول قول المشتري بأن قال البائع بعتك عبدي أمس بألف درهم فلم تقبل وقال المشتري بل قبلت فالقول قول المشتري والفرق أن البيع لا يكون بيعاً إلا بعد قبول المشتري، فإذا قال بعتك فقد أقر بالقبول، فبقوله لم تقبل، يريد الرجوع عما أقر به وإبطال ذلك، فلم يقبل بخلاف الإعتاق على مال، لأنه كونه تعليقاً لا يقف على وجود القبول من العبد إنما ذاك شرط وقوع العتق فكان الاختلاف واقعاً في ثبوت العتق وعدمه فكان القول قول المولى.

ولو اختلف المولى والعبد في مقدار البدل فالقول قول العبد لأنه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله في القدر المستحق كما في سائر الديون، ولأنه لو وقع الاختلاف في أصل الدين كان القول قول المنكر، فكذا إذا وقع في القدر، وإن أقاما بينة فالبينة بينة المولى لأنها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالأداء إذا اختلفا في مبلغ المال أن القول فيه قول المولى، لأن الاختلاف هناك وقع في شرط ثبوت العتق إذ هو تعليق محض، فالعبد يدعي العتق على المولى وهو ينكر فكان القول قوله، وإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد، لأن الأصل هو العمل بالبينتين ما أمكن، إذ هو عمل بالدليلين، وههنا أمكن الجمع بينهما لعدم التنافي لأنا نجعل كأن المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله، فأيهما وجد عتق، ثم إذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور ديناً في ذمته إذا كان مما يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة على ما تبين، ويسعى وهو حر في جميع أحكامه.

وذكر علي الرازي أصلاً فقال: المستسعى على ضربين كل من يسعى في تخليص رقبته فهو في حكم المكاتب عند أبي حنيفة وكل من يسعى في بدل رقبته الذي لزمه بالعتق أو في قيمة رقبته لأجل بدل شرط عليه أو لدين ثبت في رقبته فهو بمنزلة الحر في أحكامه مثل أن يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسر.

وكذلك العبد المأذون إذا أعتق وعليه دين، وكذلك أمة أعتقها سيدها على أن تتزوجه فقبلت ثم أبت فإنها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة، وكذلك إذا قال لعبده أنت حر رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وإنما كان كذلك، لأن السعاية في هذه الفصول لزمت بعد ثبوت الحرية، وفي الفصل الأول قبل ثبوتها وإنما يسعى ليتوسل بالسعاية إلى الحرية عند أبي حنيفة.

وعلى هذا لو أبرأ المولى المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه أن يؤدي الكتابة، لأن الإبراء يصح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد لكن فيما يحتمل الرد، والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق ويلزمه المال.

ولو قال لأمته: أنت حرة على ألف درهم فقبلت، ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد أن يسعى في شيء مما أعتقت عليه، لأنها عتقت بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسواء أعتق عبده على عوض فقبل أو نصف عبده على عوض فقبل أنه يصح غير أنه إذا أعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض ويسعى العبد في نصف قيمته عن النصف الآخر، فإذا أدى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الأداء بمنزلة المكاتب في جميع أحكامه إلا أنه لا يرد في الرق، وهذا قول أبي حنيفة.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على أن العتق يتجزأ عنده فعتق البعض يوجب عتق الباقي فيجب تخريجه إلى العتاق فيلزمه السعاية وعندهما لا يتجزأ فكان عتق البعض بعوض عتقاً للكل بذلك العوض وذكر محمد في الزيادات فيمن قال لعبده: أنت حر على ألف درهم أنت حر على مائة دينار فقال: العبد قد قبلت عتق وكان عليه المالان جميعاً.

وكذا لو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً على ألف درهم، أنت طالق ثلاثاً على مائة دينار فقالت قد قبلت طلقت ثلاثاً بالمالين جميعاً، وهذا قول محمد.

وقال أبو يوسف في مسألة الطلاق: القبول على الكلام الأخير وهي طالق ثلاثاً بمائة دينار، قال الكرخي: وكذلك قياس قوله في العتق ووجهه/ [أ/١٦٨/ج] أنه لما أوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر فقد انفسخ الإيجاب الأول فتعلق القبول بالثاني كما في البيع، ولمحمد أن الإعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وأنه لا يحتمل الانفساخ فلم يتضمن الإيجاب الثاني انفساخ الأول فيصح الإيجابان وينصرف القبول إليهما جميعاً إذ هو يصلح جواباً لهما جميعاً فيلزم المالان جميعاً بخلاف البيع، لأن إيجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثاني انفساخ الأول.

ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله أن يبيع العوض قبل القبض، لأنه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله أن يعتقه على مال مؤجل ويكون ذلك ديناً عليه مؤجلاً وله أن يشتري منه شيئاً يداً بيد ولا خير فيه نسيئة لأن من أصل أصحابنا أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض كأثمان البياعات والعروض والغصوب إلا بدل الصرف والسلم إلا أنه لا بد من القبض في الملجس لئلا يكون افتراقاً عن دين بدين، ولو أعطاه كفيلاً بالمال الذي أعتقه عليه فهو جائز، لأنه صار حراً بالقبول، والكَفالة بدين على حر جائزة كالكفالة بسائر الديون، وولاؤه يكون للمولى لأنه عتق

على ملكه وانعدام دين على العبد، لأنه في جانبه معاوضة والمولى أيضاً لم يرض بخروجه عن ملكه إلا ببدل وقد قبله العبد والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما تصح تسميته من البدل وما لا تصح، وبيان حكم التسمية وفسادها فالبدل لا يخلو إما أن يكون عين مال وإما أن يكون منفعة وهي الخدمة فإن كان عين مال فإما أن يكون بعينه بأن كان معيناً مشاراً إليه، وإما إن كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار إليه، فإن كان بعينه عتق إذا قبل لأن عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضاً، لأنه مال معصوم متقوم معلوم ثم إن أجاز المالك سلم عينه إلى المولى، وإن لم يجز فعلى العبد قيمة العين، لأن تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته إذ الإعتاق على القيمة جائز كما إذا قال أعتقتك على قيمة رقبتك أو على قيمة هذا الشيء فقبل يعتق، وكذا عدم الملك في باب البيع لا يمنع صحة التسليم أيضاً حتى لو اشترى شيئاً بعبد مملوك لغيره صح العقد إلا أن هناك إن لم يجز المالك يفسخ العقد إذ لا سبيل إلى إيقاعه على القيمة إذ البيع على القيمة بيع فاسد وههنا لا يفسخ لإمكان الإيقاع على القيمة إذ الإعتاق على القيمة إعتاق صحيح فتجب قيمته كما في النكاح والخلع والطلاق على مال، وإن كان بغير عينه، فإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وإن كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط من ذلك وإذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول، لأن جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلاً عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح من دم العمد.

وإن كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه، لأن الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية.

والأصل فيه أن كل جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل في باب النكاح، والكلام فيه كالكلام في المهر وقد ذكرناه على سبيل الاستقصاء في كتاب النكاح إلا أن هناك إذا فسدت التسمية يجب مهر المثل، وههنا تجب قيمة العبد، لأن الموجب الأصلي هناك مهر المثل لأنه قيمة البضع وهو العدل والمصير إلى المسمى عند صحة التسمية، فإذا فسدت صير إلى الموجب الأصلي والموجب الأصلي ههنا قيمة العبد، لأن الإعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشيء هي التي تعادله إلا أن عند صحة التسمية يعدل عنها إلى المسمى فإذا فسدت وجب العوض الأصلي وهو قيمة نفس العبد، وإن كان البدل منفعة وهي خدمته بأن قال لعبده: أنت حر على أن تخدمني سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك، والخدمة عليه يؤخذ بها، لأن تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى كما إذا أعتقه على مال عين فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة، لأنه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه، وإن كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقي من الخدمة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: يؤخذ العبد/ بقيمة تمام الخدمة إن كان لم يخدم، وإن كان قد خدم بعض الخدمة يؤخذ بقيمة ما بقي من الخدمة. [ب ١٦٩ ج١]

وكذلك إذا قال: أنت حر على أن تخدمني أربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه، وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين، ولو كان العبد خدمه ثم مات المولى فعلى قولهما

على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين.

وكذلك لو مات العبد وترك مالاً يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه عندهما، وعنده يقضي بقيمة الخدمة، وأصل المسألة أن من باع العبد من نفسه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية فعلى قولهما يرجع على العبد بقيمة نفسه، وعلى قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية، وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد بها عيباً فردها فهو على هذا الاختلاف.

وجملة الكلام فيه: أن المولى إذا قبض العوض ثم استحق من يده، فإن كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة أو العروض والحيوان كالثوب الهروي والفرس والعبد والجارية، فعلى العبد مثله في المكيل والموزون والوسط في الفرس والحيوان، لأن العقد وقع على مال في الذمة وإنما المقبوض عوض عما في الذمة، فإذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد على حاله فله أن يرجع على العبد بذلك، وإن كان عيناً في العقد وهو مكيل أو موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثلة لما قلنا، وإن كان عرضاً أو حيواناً فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه، وقال محمد يرجع عليه بقيمة المستحق.

وجه قول محمد: أن العقد لم يفسخ باستحقاق العوض لأنه لا يحتمل الفسخ فيبقى موجباً لتسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد.

ولهما: أن العقد قد انفسخ في حق أحد العوضين وهو المستحق لأنه تبين أنه وقع على عين هي ملك المستحق ولم يجز. وإذا انفسخ العقد في حقه لم يبق موجباً على العبد تسليمه فلا يجب عليه قيمته، وانفساخه في حق أحد العوضين يقتضي انفساخه في حق العوض الآخر وهو نفس العبد إلا أنه تعذر إظهاره في صورة العبد فيجب إظهاره في معناه وهو قيمته فتجب عليه، إذ قيمته قائمة مقام رد عينه، كمن باع عبداً بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم أنه يجب على البائع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية، كذا ههنا.

ثم ما ذكرنا من الاختلاف في العيب إذا كان العيب فاحشاً، لأن العيب الفاحش في هذا الباب يوجب الرد بلا خلاف كما في باب النكاح، فأما إذا كان غير فاحش فكذلك عندهما.

وأما عند محمد: فلا يملك ردها لأنه مبادلة المال بمال ليس بمال فأشبه النكاح، والمرأة في باب النكاح لا تملك رد المهر إلا في العيب الفاحش، وكذا المولى ههنا ولو قال عبد رجل لرجل: اشتر لي نفسي من مولاي بألف درهم فاشتراه، فالوكيل لا يخلو إما أن يبين وقت الشراء أنه يشتري نفس العبد للعبد، وإما إن لم يبين، فإن بين جاز للشراء وعتق العبد بقبول الوكيل ويجب الثمن لأنه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل.

ثم ذكر في «**الجامع**» أن المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد، فقد جعل هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه، لأن حقوق العبد إنما ترجع إلى الوكيل في مثل هذه المعاوضة. وذكر في كتاب الوكالة أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل، واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد، وإن لم يبين يصير مشترياً لنفسه لا للعبد، لأنه إذا لم يبين

فالبائع رضي بالبيع لا بالإعتاق؛ فلو قلنا: إنه يصير مشترياً للعبد ويعتق لكان فيه إثبات الولاية على البائع من غير رضاه، وهذا لا يجوز، وكذلك لو بين لكنه لو خالف في الثمن بأن اشترى بزيادة يكون مشترياً لنفسه لما قلنا.

هذا إذا أمر العبد رجلاً، فأما إذا أمر رجل العبد بأن يشتري نفسه من مولاه بألف درهم فاشترى فإن بين وقت الشراء أنه يشتري للآمر فيكون للآمر ولا يعتق، لأنه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآمر ويصير قابضاً لنفسه بنفس العقد، لأنه في يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن لأنه صار مسلماً إياه حيث عقد على شيء هو في يده وهو نفسه، ولو وجد الآمر به عيباً له أن يرده ولكن العبد هو الذي يتولى الرد، لأنه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع إلى العاقد، وإن لم يبين وقال/ لمولاه بع نفسي مني بألف درهم فباع [أ/١٦٩/ج] صار مشترياً لنفسه وعتق، لأن بيع نفس العبد منه إعتاق، وكذا إذا بين وخالف أمره يصير مشترياً لنفسه ويعتق.

ولو قال لعبد واحد: أنت حُرّ على ألف درهم فقبل أن يقبل قال له أنت حر على مائة دينار، فإن قال قبلت بالمالين عتق ويلزمه المالان جميعاً بلا خلاف، وإن قال قبلت مبهماً ولم يبين فكذلك في قول محمد.

وكذلك لو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً على ألف درهم أنت طالق ثلاثاً على مائة دينار أنها إن قالت قبلت بالمالين طلقت بالمالين بلا خلاف، وإن أبهمت بأن قالت قبلت طلقت ثلاثاً بالمالين جميعاً في قول محمد، وأما عند أبي يوسف فالقبول على الكلام الأخير في المسألتين، ووجهه أن القبول خرج عقب الإيجاب الأخير فينصرف إليه، ولأنه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثاني انفساخ الأول كما في البيع فيتعلق القبول بالثاني كما في البيع، ولمحمد الفرق بين الإعتاق والطلاق على مال وبين البيع وهو أن الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وأنه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثاني رفع الأول بخلاف البيع لأنه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثاني ارتفاع الأول، هذا إذا قبل بالمالين أو قبل على الإبهام، فأما إذا قبل بأحد المالين بأن قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير، ذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لا يعتق، وعلل بأن للمولى أن يقول أعتقتك بالمالين جميعاً فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك، وذكر أبو يوسف في الأمالي أنه يعتق، ووجهه أن المولى أتى بإيجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بأيهما شاء.

ولو قال: أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار؛ فإن قبل بأحد المالين عيناً عتق بأن قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير، لأنه أعتقه بأحد المالين وإن قبل بأحد المالين غير عين عتق أيضاً لوجود الشرط ويلزمه أحد المالين، والبيان إليه كما إذا قال لفلان علي ألف درهم أو مائة دينار يلزمه أحدهما والبيان إليه كذا.

ولو قال: قبلت بالمالين لا شك أنه يعتق، لأن في قبول المالين قبول أحدهما فوجد شرط العتق فيعتق ويلزمه أحد المالين، لأنه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزيادة والبيان إلى العبد يختار أيهما شاء، وكذلك إذا قال قبلت ولم يبين يعتق ويلزمه أحد المالين وخيار التعيين إليه، لأن قوله قبلت يصلح جواب الإيجاب

فيصير كأنه قال قبلت بأحدهما ولم يعين أو قبلت بهما، وهناك يعتق وخيار التعيين إليه كذا ههنا.

وعلى هذا إذا قال لامرأته: أنت طالق على ألف درهم أو على مائة دينار فقبلت بأحدهما عيناً أو غير عين أو قبلت بالمالين أو أبهمت لما قلنا في العتق، وكذلك لو قال أنت حر على ألف درهم أو على ألفين إلا أن ههنا إذا قبل بالمالين يعتق بألف ولا يخير، لأن الجنس متحد والتخيير بين الأكثر والأقل في الجنس الواحد لا يفيد، لأنه لا يختار إلا الأقل بخلاف الفصل الأول، لأن هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيداً، هذا كله إذا أضاف العتق إلى معين، فإن أضافه إلى مجهول بأن قال لعبديه أحدكما حر بألف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعاً حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر لا يعتق، لأن قوله أحدكما كما يقع على القابل يقع على غير القابل، فمن الجائز أنه عنى به غير القابل.

ألا ترى أن له أن يقول: عنيت به غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه إثبات العتق بالشك وإن قبلا جميعاً، فإن قبل كل واحد منهما بخمسمائة لا يعتق واحد منهما، لأنه أعتق أحدهما بألف لا بخمسمائة وإن قبل كل واحد منهما بألف بأن قال كل واحد منهما قبلت بألف درهم، أو قال قبلت ولم يقل بألف أو قالا ما قبلنا بألف أو قالا قبلنا ولم يذكرا الألف عتق أحدهما بألف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الألف، ويقال للمولى اختر العتق في أحدهما، لأنه هو الذي أجمل العتق فكان البيان إليه فإيهما اختار عتق ولزمته الألف، فإن مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسمائة ويسعى في نصف قيمته، لأنه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين.

ولو قال: أحدكما حر بألف درهم فقبلا، ثم قال: أحدكما حر بألف درهم أو/ قال أحدكما حر بغير [ب/١٦٩/ج] شيء فاللفظ الثاني لغو لأنهما لما قبلا العتق بالإيجاب الأول فقد نزل العتق في أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فالإيجاب الثاني يقع جمعاً بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا، ثم قال أحدكما حر بغير شيء عتق أحدهما باللفظ الثاني بغير شيء، لأنهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالإيجاب الأول فصح الإيجاب الثاني وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثاني إلى أحدهما، فإذا صرفه إلى أحدهما عتق ذلك بغير شيء، لأن التنجيز حصل بغير بدل.

وأما الآخر: فإن قبل البدل في المجلس يعتق وإلا فلا، لأن الإيجاب الأول وقع صحيحاً لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه ضرب إشكال وهو أن شرط وجوب الحرية لأحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا إلا قبول أحدهما فينبغي أن لا يعتق العبد الآخر.

والجواب: أن الإيجاب أضيف إلى أحدهما، ألا ترى أنه قال: أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما ههنا إلا أنه إذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعاً لاحتمال أنه أراد به الآخر فإذا عينه في التخيير علم أنه ما أراده بالإيجاب الأول، لأن الإعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قيل فيعتق، ولو قبلا جميعاً قبل البيان عتقا، لأن العتق لم ينزل بالإيجاب الأول، لأنه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الإيجاب الثاني، فإذا قبلا جميعاً فقد تيقنا بعتقهما لأن أيهما أريد بالإيجاب الأول عتق بالقبول وأيهما أريد بالإيجاب الثاني عتق من غير قبول لأنه إيجاب بغير بدل

فكان عتق كل واحد منهما متيقناً به لكن عتق أحدهما بالإيجاب الأول وعتق الآخر بالإيجاب الثاني فيعتقان ولا يقضىٰ عليهما بشيء، لأن أحدهما وإن عتق بالإيجاب ببدل إلا أنه مجهول والقضاء بإيجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم أنه لا يلزمهما بهذا الإقرار شيء لكون المقضي عليه مجهولاً كذا هذا ولو لم يقبلا جميعاً ولكن قبل أحدهما لا يعتق إلا أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم إن صرف المولى اللفظ الثاني إلى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وإن صرف اللفظ الثاني إلى القابل عتق القابل بغير شيء وعتق غير القابل باللفظ الأول بألف إن قبل في المجلس؛ لأن القابل منهما يعتق بالإيجاب الأول وأنه إيجاب ببدل فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالإيجاب الثاني وإنه إيجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل.

ولو قال لعبديه: أحدكما حر بغير شيء، ثم قال أحدكما حر بألف درهم فالكلام الثاني لغو، لأن أحدهما عتق بالإيجاب الأول لوجود تنجيز العتق في أحدهما فالثاني يقع جمعاً بين الحر والعبد فيبطل.

ولو قال: أحدكما حر بألف درهم فقبل أن يقبلا، قال أحدكما حر بمائة دينار فإن قبل كل واحد منهما العتق بأحد المالين بأن قبل أحدهما بألف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لأن للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك، فإن قبلا جميعاً بالمالين بأن قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا جميعاً قد قبلنا يخير المولى فيقال له إما أن تصرف اللفظين جميعاً إلى أحدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقاً وإما أن تصرف أحد اللفظين إلى أحدهما والآخر إلى صاحبه فيعتق أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار، لأن الإيجابين وقعا صحيحين.

أما الأول فلا شك فيه ولأنه أضيف إلى أحد العبدين، وكذا الثاني لأنِ الإيجاب الأول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فالإيجاب الثاني حصل مضافاً إلى أحد عبدين فيصح، ومتى صح الإيجاب الثاني فيحتمل أنه عنِي به من عناه بالإيجاب الأول، ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر لذلك خير المولى، فإن مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثةَ أرباعه بنصف المالين، لأن أحدهما حُر بيقين، لأنه أراد بالإيجاب الثاني غير من أراده بالأول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق، وإن أراد بالثاني عين من أراده بالأول كان الثابت بالكلامين عتق واحد، فإذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الآخر يثبت/ [١٧٠/أ ج] في حال ولا يثبت في حال فينصف فثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس أحدهما بكمال العتق بأولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالين ويسعى في ربع قيمته.

ولو قال لعبد له بعينه: أنت حر على ألف درهم فقبل أن يقبل جمع بين عبد له آخر وبينه، فقال: أحدكما حر بمائة دينار فقالا قبلنا يخير المولى؛ فإن شاء صرف اللفظين إلى المعين وعتق بالمالين جميعاً، وإن شاء صرف أحد اللفظين إلى أحدهما والآخر إلى الآخر وعتق المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار، لأن الإيجابين صحيحان لما قلنا، فيحتمل أنه أراد بالثاني المعين أيضاً، ويحتمل أنه أراد به غير

المعين فيقال له بين فأيهما بين فالحكم للبيان، فإن مات قبل البيان عتق المعين كله، لأنه دخل تحت الإيجابين جميعاً.

أما الإيجاب الأول فلا شك فيه، لأنه خصه به فلا يشاركه فيه غيره.

وأما الإيجاب الثاني فلأن قوله أحدكما يقع على كل واحد منهما، فإذا قبل الإيجابين وجد شرط عتقه فيعتق فيلزمه ألف درهم وخمسون ديناراً، أما الألف فلأنه لا مشاركة للثاني فيهما، وأما نصف المائة الدينار فلأنه في حال يلزمه مائة دينار وهي ما عناه باللفظين وفي حال لا يلزمه منها شيء وهي ما إذا عنى باللفظ الثاني غيره فيتنصف ذلك فيلزمه خمسون ديناراً.

وأما غير المعين فإنه يعتق نصفه بنصف المائة، لأنه يعتق في حال ولا يعتق في حال لأنه إن عناه بالإيجاب الثاني يعتق كله بكل المائة، وإن لم يعنه لا يعتق شيء منه ولا يلزمه شيء فيعتق في حال ولم يعتق في حال فتغير الأحوال ويعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون.

هذا إذا عرف المعين من غير المعين فإن لم يعرف وقال كل واحد منهما: أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين وهو نصف الألف ونصف المائة الدينار لاستوائهما في ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق ويسعى في ربع قيمته.

ولو قال لعبديه: أحدكما حرّ على ألف درهم، والآخر على خمسمائة، فإن قالا جميعاً قبلنا، أو قال كل واحد منهما قبلت بالمالين، أو قال كل واحد منهما قبلت بأكثر المالين عتقا جميعاً فيلزم كل واحد منهما خمسمائة أما عتقهما فلأن الإيجابين خرجا على الصحة بخروج كل واحد منهما بين عبدين، والمراد بالإيجاب الثاني ههنا غير المراد بالإيجاب الأول، فإذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما جميعاً وانقطع خيار المولى ههنا فيعتقان جميعاً، وعلى كل واحد منهما خمسمائة، لأن أحدهما عتق بألف والآخر بخمسمائة لكنا لا ندري الذي عليه الألف والذي عليه خمسمائة إلا أنا تيقنا بوجوب خمسمائة على كل واحد منهما، وفي الفصل الثاني شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم، وعلى الآخر خمسمائة لا يطالب كل واحد منهما إلا بخمسمائة لما قلنا فكذا هذا.

ولو قبل أحدهما بأقل المالين والآخر بأكثر المالين عتق الذي قبل العتق بأكثر المالين، لأنه لا يخلو إما أن عناه المولى بالإيجاب بالأقل أو بالإيجاب بالأكثر فتيقنا بعتقه ثم في الأكثر قدر الأقل وزيادة فيلزمه خمسمائة كأنه قال قبلت بالمالين فيلزمه الأقل وهو خمسمائة ويصير بعد العتق كأنه قال لك علي ألف درهم أو خمسمائة، ولو قال ذلك لزمه الأقل كذا ههنا.

ولو قبل كل واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان، لأن حجة المولى لم تنقطع لأن له أن يقول لم أعتقك بهذا المال بخلاف ما إذا قبل أحدهما بأكثر المالين، لأن الأقل داخل في الأكثر.

ولو قال: أحدكما حر بألف والآخر بألفين، فإن قبل بأن قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما، وعلى كل واحد منهما ألف، لأنه أعتق أحدهما بألف والآخر بألفين فتيقنا

بوجوب الألف على كل واحد منهما كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف وعلى الآخر ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الألف تيقنا بها كذا هذا.

وإن قبل أحدهما المالين جميعاً بأن قال قبلت بالمالين أو قال قبلت أو قبل بأكثر المالين بأن قال قبلت بالمالين، أو قال قبلت بألفين يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول، أما إذا قبل بالمالين، أو قال قبلت فلا شك فيه، وكذا إذا قبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق.

وقيل: هذا على قياس قولهما، فأما على قياس قول أبي/ حنيفة ينبغي أن لا يعتق وهو القياس على مسألة الشهادة بالألف والألفين، والصحيح أنه يعتق بلا خلاف وإذا عتق لا يلزمه الألف درهم، لأن الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر أكثر والجنس متحد فيتعين بالأقل للوجوب ولا يخير العبد ههنا، لأن التخيير بين الأقل والأكثر عند اتحاد الجنس غير مفيد، لأنه يختار الأقل لا محالة، وإن قبل أحدهما الألف لا يعتق، لأن للمولى أن يصرف العتق إلى الآخر كما إذا قال: أحدكما حر بألفين فقبل أحدهما.

[ب/١٧٠/ج]

ولو قال: أحدكما حُرٌ بألف أحدكما حر بمائة دينار، فإن قبلا عتقا لوجود شرط العتق ولا شيء عليهما، لأن المقضي عليه مجهول إذ لا يدرىٰ الذي عليه الألف منهما والذي عليه المائة الدينار كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار أنه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا، وكذا هذا في الطلاق بأن قال لامرأتيه إحداكما طالق بألف والأخرى بمائة دينار فقبلتا جميعاً طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما شيء لما قلنا.

وإن قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار أو قبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال الآخر لا يعتق واحد منهما، لأن للمولى أن يقول لم أعنك بهذا المال الذي قبلت.

ولو قبل أحدهما بالمالين عتق ويلزمه أي المالين اختاره، لأن الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيداً فيخير بخلاف الفصل الأول فإن قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الأول، لأن المقضي عليه مجهول، هذا إذا كان قبل قبل البيان من الأول، فإن قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الأول بالمالين، لأن بيانه في حق نفسه صحيح وفي حق الآخر لم يصح.

ولو قال أحدكما: حُرٌ بألف والآخر حر بغير شيء، فإن قبلا جميعاً عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شيء عليهما، لأن الذي عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم ولا شيء على الآخر لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وإن قبل أحدهما بألف ولم يقبل الآخر، يقال للمولى اصرف اللفظ الذي هو إعتاق بغير بدل إلى أحدهما، فإن صرفه إلى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف، وإن صرفه إلى القابل عتق القابل بغير شيء ويعتق الآخر بالإيجاب الذي هو ببدل إذا قبل في المجلس، وكذا لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الإيجاب الذي هو بغير بدل إلى أحدهما يعتق هو ويعتق الآخر إن قبل البدل في المجلس وإلا فلا.

وإن مات المولى قبل البيان عتق القابل كله وعليه خمسمائة وعتق نصف الذي لم يقبل ويسعى في نصف قيمته، أما عتق القابل كله فلأن عتقه ثابت بيقين لأنه إن أريد بالإيجاب الأول عتق، وإن أريد

بالإيجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقناً به، وأما لزوم خمسمائة لأنه إن أعتق بالإيجاب الأول يعتق بألف، وإن أعتق بالإيجاب الثاني يعتق بغير شيء فينصف الألف فيلزمه خمسمائة.

وأما عتق النصف من غير القابل فلأنه إن أريد باللفظ الأول لا يعتق، وإن أريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فيتنصف عتقه فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته.

هذا إذا كان الإعتاق تنجيزاً أو تعليقاً بشرط فأما إذا كان أضافه إلى وقت فلا يخلو إما أن أضافه إلى وقت واحد، وإما أن أضافه إلى وقتين، فإن أضافه إلى وقت واحد، فإما أن أضافه إلى مطلق الوقت، وإما أن أضافه إلى وقت موصوف بصفة، وفي الوجوه كلها يشترط وجود الملك وقت الإضافة، لأن إضافة الإعتاق إلى وقت إثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت إلا إذا كان موجوداً وقت الإضافة لأنه إن كان موجوداً وقت الإضافة فالظاهر أنه يبقى إلى الوقت المضاف إليه فيثبت العتق وإذا لم يكن موجوداً كان الظاهر بقاءه على العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف إليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه.

والأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه، أما الإضافة إلى وقت مطلق فنحو أن يقول لعبده أنت حر غداً أو رأس شهر كذا فيعتق إذا جاء غد أو رأس الشهر، لأنه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفاً للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفاً له وليس هذا تعليقاً بشرط لانعدام أدوات التعليق/ وهي كلمات [أ/١٧١/ج] الشرط، ولهذا لو حلف لا يحلف فقال هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما إذا قال: أنت حر إذا جاء غد، لأن ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق.

فإن قيل: كيف يكون تعليقاً بشرط والشرط ما في وجوده خطر ومجيء الغد كائن لا محالة، قيل له من مشايخنا من قال إن الغد في مجيئه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَمْرُ السَّاعَةِ إلا كلمحِ البصر﴾[1] أو هو أقرب، فيصلح مجيء الغد شرطاً لكن هذا الجواب ليس بسديد، لأن الساعة لا تقوم إلا عند وجود أشراطها من خروج يأجوج ومأجوج ودابة الأرض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب ووردت به الأخبار.

والجواب الصحيح أن يقال: أن مجيء الغد، وإن كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطاً لوقوع العتق وليس بمتيقن الوجود بل له خطر الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجيء الغد أو موت المولى أو موتهما وحينئذٍ لا يكون شرطاً لعدم تصور الجزاء على أن الشرط اسم لما جعل علماً لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود.

وأما الإضافة إلى وقت موصوف فنحو أن يقول لعبده أنت حر قبل دخولك الدار بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر أو قبل موت فلان بشهر ولا شك أنه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شيء من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق، لأنه أضاف العتق إلى الوقت الموصوف فلا يثبت قبله ويشترط تمام الشهر وقت التكلم، وإن كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين، لأن إضافة العتق إلى وقت إيجاب

---

(١) سورة النحل، الآية: (٧٧).

العتق فيه غير إيجاب العتق في الزمان الماضي وإيجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك أن العتق ثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر.

واختلف في كيفية ثبوته فقال زفر: يثبت من أول الشهر بطريق الظهور، وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت مقتصراً على حال وجود الحوادث، وأبو حنيفة فرق بين القدوم والدخول وبين الموت، فقال في القدوم والدخول كما قالا، وفي الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فولدت في وسط الشهر يعتق الولد في قول أبي حنيفة وزفر، وعندهما: لا يعتق.

وجه قول زفر: أنه أوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدماً على هذه الحوادث بشهر، فإذا وجدت بعد شهر متصلة به علم أن الشهر من أوله فإن موصوفاً بالتقدم عليها لا محالة فتبين أن العتق كان واقعاً في أول الشهر كما إذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى أن هناك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان ولا يتوقف على مجيء شهر رمضان، وههنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر لأن ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة، وههنا وجود هذه الحوادث يحتمل أن يتصل بهذا الشهر، ويحتمل أن لا يتصل لجواز أنها لا توجد أصلاً فأما في ثبوت العتق في المسألتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان، ولهذا قال أبو حنيفة ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت.

وجه قولهما: أن هذا في الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث، لأنه أوقع العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها إلا باتصالها به ولا تتصل به إلا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدريج متعلقاً بوجود هذه الحوادث فيقتصر على حال وجودها، ولهذا قال أبو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف شعبان، لأن اتصاف شعبان بكونه متقدماً على رمضان لا يقف على مجيء رمضان.

ووجه الفرق لأبي حنيفة بين الدخول والقدوم وبين الموت أن في مسألة القدوم والدخول بعد ما مضىَ شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي أضيف إليه العتق هو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد، لأن قدوم فلان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد، فإن وجد يوجد هذا الشهر وإلا فلا لما ذكرنا أن هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال بدون القدوم إذ الاتصال إنما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم، فصار العتق وإن كان مضافاً إلى الشهر متعلقاً بوجود القدوم فكان هذا تعليقاً ضرورة فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما في سائر التعليقات، فأما في مسألة الموت فبعد ما مضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذي أضيف إليه العتق موهوم الوجود بل هو كائن لا محالة، لأن الموت كائن لا محالة فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم غير أنه/ [ب/١٧١/ج] مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت، وإذا وجد فقد وجد المعرف للشهر بخلاف الشهر المتقدم على شهر رمضان فإنه معلوم الذات لأنه كما وجد شعبان علم أنه موصوف بالتقدم على رمضان وههنا بخلافه وبخلاف القدوم والدخول فإن بعد مضي شهر من وقت الكلام بقي ذات الشهر الذي أضيف إليه العتق موهوم الوجود فلم يكن القدوم معرفاً للشهر بل كان محصلاً للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده

لما وجد هذا الشهر ألبتة فكان الموت مظهراً معيناً للشهر فيظهر من الأصل من حين وجوده.

ثم اختلف مشايخنا في كيفية الظهور على مذهب أبـي حنيفة.

قال بعضهم: هو ظهور محض فتبين أن العتق كان واقعاً من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت وهو أن يعتبر الوقوع أولاً ثم يسري إلى أول الشهر، لأن الأصل اعتبار التصرف على الوجه الذي أثبته المتصرف، والمتصرف أضاف العتق إلى أول الشهر المتقدم على الموت فيقع في أول الشهر لا في آخره فكان وقت وقوع الطلاق أول الشهر فيظهر أن العتق وقع من ذلك الوقت كما إذا قال إن كان فلان في الدار فعبده حر فمضت مدة ثم علم أنه كان في الدار يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور.

وهؤلاء قالوا: لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث فالعدة تعتبر من أول الشهر في قول أبـي حنيفة حتى لو حاضت في الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان محسوبتين من العدة، ولو كان قال أنت طالق قبل موت فلان بشهرين أو ثلاثة أشهر ثم مات فلان لتمام المدة أو كانت المرأة رأت ثلاثة حيض في المدة تبين عند موته أن الطلاق كان واقعاً وأن العدة قد انقضت، كما لو قال: إن كان زيد في الدار فامرأتي طالق ثم علم بعدما حاضت المرأة ثلاثة حيض أنه كان في الدار يوم التكلم به تبين أنها قد طلقت من ذلك الوقت وأنها منقضية العدة، كذا هذا.

وكذلك لو قال إن كان حمل فلانة غلاماً فأنت طالق فولدت غلاماً يقع الطلاق على طريق التبيين، كذا هذا.

والذي يؤيد ما قلنا أن رجلاً لو قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم ماتت طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبـي حنيفة، وإن كان لا يحكم بطلاقها ما لم يمت، كذا ههنا.

وقالوا: لو خالعها في وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل، ويؤمر الزوج برد بدل الخلع سواء كانت عند الموت، معتدة أو منقضية العدة أو كانت ممن لا عدة عليها بأن كانت غير مدخول بها، وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد في الكتاب لتخريج قول أبي حنيفة أنه إن مات فلان وهي في العدة يحكم ببطلان الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع، وإن كانت غير معتدة وقت موت فلان بأن كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت سقطاً أو كانت غير مدخول بها لا يبطل الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع.

وقالوا: هذا التخريج لا يستقيم على قول على قول أبي حنيفة، لأن هذا ظهور محض فتبين عند وجود الجزء الأخير أن هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين أن المطلقات الثلاث كانت واقعة من ذلك الوقت، سواء كانت معتدة أو غير معتدة، كما لو قال إن كان فلان في الدار فامرأته طالق ثم خالعها ثم تبين أنه كان يوم الحلف في الدار أنه يتبين أن الخلع كان باطلاً على الإطلاق، سواء كانت معتدة أو لم تكن كذا ههنا.

والفقه: أن وقت الموت إذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا إن العتق أو الطلاق يقع وقت الموت ثم يستند إلى أول الشهر إلا أنه يظهر أنه كان واقعاً من أول الشهر.

ووجهه: مما لا يمكن الوصول إليه إلا بمقدمة وهي أن ما كان الدليل على وجوده قائماً يجعل موجوداً في حق الأحكام، لأن إقامة الدليل مقام المدلول أصل في الشرع والعقل.

ألا ترى أن الخطاب يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه دون حقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله عز وجل لقيام الآيات الدالة على وجود الصانع ولا بالشرائع عند إمكان الوصول إلى معرفتها بدليلها، ثم الدليل وإن خفي بحيث يتعذر الوصول إليه يكتفى به إذا كان ممكن الحصول في الجملة إذ الدلائل تتفاوت في نفسها في الجلاء والخفاء، والمستدلون أيضاً يتفاوتون/ [أ/١٧٢ج] في الغباوة والذكاء فالشرع أسقط اعتبار هذا التفاوت فكانت العبرة لأصل الإمكان في هذا الباب، وأما ما كان الدليل في حقه منعدماً فهو في حق الأحكام ملحق بالعدم.

وإذا عرف هذا فنقول: الشهر الذي يموت فلان في آخره، فإن اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه منعدماً أصلاً فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح إلى آخر جزء من أجزاء الشهر فيعلم كونه متقدماً على موته، ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الأجزاء المتقدمة عليه إلى تمام الشهر، ولا يظهر أن دليل الاتصاف كان موجوداً في أول الشهر إذ الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء الأخير من الشهر مقارناً لأول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدماً موجوداً فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقي ملك النكاح إلى وقت وجود الجزء الأخير فيحكم في هذا الجزء بكونها طالقاً.

ومن ضرورة كونها طالقاً في هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الأصل لأنها تكون طالقاً بذلك الطلاق المضاف إلى أول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت فلأجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من أول الشهر لكن بعدما كان النكاح إلى هذا الوقت قائماً لعدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا، ثم لما حكم بكونها طالقاً للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من أول الشهر ضرورة جعل كأن الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسري إلى أول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل، وإذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل.

أما العدة: فإنها تجب في آخر جزء من أجزاء حياة فلان الميت لأنها مما يحتاط في إيجابها فوجبت للحال وجعل كأن الطلاق وقع للحال.

وأما الخلع: فإن كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح، وإن كانت منقضية العدة صح، لأنها إذا كانت باقية كان النكاح باقياً من وجه ويحكم ببقائه إلى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم يحكم للحال بكونها طالقاً بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند إلى أول الشهر علم أنه خالعها وهي بائنة عنه فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع، وإذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذي كان يبقى إلى آخر جزء من أجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فبقي النكاح إلى وقت الخلع ولم يظهر أنه كان مرتفعاً عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع، بخلاف ما إذا قال: إن كان زيد في الدار، لأن دليل الوقوف على كون زيد في الدار موجود حالة التكلم فانعقد الطلاق تنجيزاً لو كان هو في الدار، لأن التعليق بالموجود تحقق وبخلاف ما إذا قال إن كان حمل فلانة غلاماً، لأن الولد في البطن يمكن

الوقوف في الجملة على صفة الذكورة والأنوثة فإنه ما من ساعة إلا ويجوز أن يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيزاً، ثم علمنا بعد ذلك.

وبخلاف ما إذا قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات أنه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين، لأن هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها آخر الوجود حد الآخر وهو الفرد اللاحق وهي فرد وهي لاحقة ألا ترى أنه يقول امرأتي الأولى وامرأتي الأخيرة إلا أنه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال أنه يتزوج بثالثة فتسلب صفة الآخرية عن الثانية فإذا مات قبل أن يتزوج بثالثة تقررت صفة الآخرية للثانية من الأصل فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت؛ وههنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدم في أول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهو هذا بخلاف ما إذا قال لامرأته إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ولم يتزوج حتى مات أنه يقع الطلاق على امرأته مقتصراً على الحال لأن هناك علق الطلاق صريحاً بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر.

ألا ترى أنه لو تزوج في العمر مرة لا يوصف بعدم التزوج، لأن الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت، والمعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصراً على حال وجود الشرط، وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو إضافة الطلاق إلى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذي ذكرنا والله عز وجل الموفق.

ولو قال لامرأته: أنت طالق قبل موتي بشهر أو قبل موتك بشهر فمات لتمام الشهر أو ماتت لا يقع الطلاق عندهما، وعند أبي حنيفة يقع فهما فرقا بين الطلاق والعتاق، فقالا العتاق يقع، والطلاق لا يقع، لأن عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط، والمعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط، والزوج/ [ب/١٧٢/ج] بعد الموت ليس من أهل إيقاع الطلاق ولا المرأة بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق، لأنه يقع بعد الموت كما في التدبير والله عز وجل أعلم.

ولو قال لعبده: أنت حُرّ قبل موت فلان وفلان بشهر، أو قبل قدوم فلان وفلان بشهر، فإن مات أحدهما أو قدم قبل مضي شهر لا يعتق أبداً، لأنه أضاف العتق إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدومهما ولم يوجد ولا يتصور وجوده بعد ذلك، لأنه لو تم الشهر بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما كان موصوفاً بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما وهو ما أضاف العتق إلى هذا الشهر، بل إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدومهما جميعاً، وهذا غير ذاك.

وإن مضى شهر ثم مات أحدهما عتق العبد، وإن لم يمت الآخر يعد، بخلاف ما إذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر، ثم قدم أحدهما لتمام الشهر أنه لا يعتق ما لم يقدم الآخر.

ووجه الفرق: على ما بينا فيما تقدم وهو أنه إذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقاً على موتهما، وإذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الأول سابقاً على قدومهما وإنما يتحقق عند وجود قدومهما جميعاً فكان القياس أن لا يعتق ما لم يموتا جميعاً في لحظة واحدة بعد مضي شهر، فكذا في القدوم. وهو قول علي

الرازي، لأن العتق أضيف إلى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما متصل بهما، لأنه أضاف العتق إلى شهر متقدم على موتهما أو قدومها، ومن ضرورة ذلك وجود موتهما أو قدومهما جميعاً، وعند ثبوت التراخي فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعاً قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر، وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر، وأنه خلاف ما أضاف فلا يقع، بخلاف ما إذا قال: أنت حر قبل يوم الفطر والأضحى بشهر حيث يعتق كما أهلّ هلال رمضان، لأن وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل، والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل، فعلم أنه أراد به إضافة العتق إلى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر، وعلى الآخر بمدة غير مقدرة، وفيما نحن فيه لا استحالة، فيراعى عين ما أضاف إليه وجوب الاستحالة عن هذا أن الأصل في أحكام الشرع أن المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة، وقدوم شخص في جزء لا يتجزأ من الزمان بحيث لا يتقدم أحدهما على صاحبه مستحيل عادة، وكذا موت شخصين على هذا الوجه، والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسألة الفطر والأضحى هكذا، فكذا في المستحيل عادة.

وكذا لو قال: أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر، فإن مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضي الشهر لا يعتق أبداً لما قلنا، وإن مات أحدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الآخر، وإن قدم أحدهما بعد مضي الشهر عتق ولا ينتظر موت الآخر إلا أنه لا يستدل لما ذكرنا أن الموت كائن لا محالة، والقدوم موهوم الوجود.

ولو قال: أنت حرٌ الساعة إن كان في علم الله عز وجل أن فلاناً يقدم إلى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لأنه لا يراد بهذا علم الله تعالى الأزلي القائم بذاته عز وجل، وإنما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر، فكان شرطاً فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط كما في سائر التعليقات بشروطها والله عز وجل أعلم.

ولو قال: أنت حر بعد موتي بشهر فكاتبه في نصف الشهر، ثم مات لتمام الشهر فإن كان استوفى بدل الكتابة، ثم مات لتمام الشهر كان العتق حاصلاً بجهة الكتابة وإن كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالإعتاق السابق، وسقط اعتبار الكتابة عند أبي حنيفة، وهذا يدل على أن العتق يثبت بطريق الاستناد عنده، وقال أبو القاسم الصفار[1]: إنه تبطل الكتابة من الأصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض، لأنه تبين أن العتق يثبت من أول الشهر فيتبين أن الكتابة لم تصح، وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده، وعندهما إن استوفى بدل الكتابة فالأمر ماض، لأن العتق عندهما يثبت مقتصراً على حال الموت وهو حر في هذه الحالة لوصوله إلى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البدل وإن كان لم يستوف بعد بدل الكتابة، فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لأنه مدبر مقيد لأن عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على/ [١٧٣/أ/ج] تلك الصفة وقد لا يوجد، ويسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي يوسف، وعند محمد يسعى في الأقل من ثلثي بدل الكتابة ومن ثلثي قيمته.

(١) تقدمت ترجمته.

وأصل المسألة: أن من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجاناً بالتدبير ثم يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبـي حنيفة وأبـي يوسف، وعند محمد في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة، فهذا على ذاك إلا أن عند أبـي حنيفة يخير بين أن يسعى في هذا وبين أن يسعى في ذاك، وعندهما يسعى في الأقل منها بدون التخيير ثم عند أبـي حنيفة في مسألة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر. هكذا ذكر في «النَّوَادر» لأنه يصير معتقاً من ذلك الوقت، وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده ويعتق من جميع المال.

وإن كان لا يخرج من الثلث بأن يقول أنت حر قبل موتي بشهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو ما شاء من المدة ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال، وعندهما كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لأنه يصير عندهما معتقاً بعد الموت والله عز وجل المستعان.

وأما الإضافة إلى وقتين فالأصل فيه أن المضاف إلى وقتين ينزل عند أولهما والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما، والمضاف إلى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما، والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما، ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده في ظاهر الرواية، وروي عن أبـي يوسف أنه ينزل عند أولهما أيهما كان.

وبيان هذه الجملة: إذا قال لعبده: أنت حر اليوم وغداً يعتق في اليوم، لأنه جعل الوقتين جميعاً ظرفاً للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحداً لوقتين لا كلاهما وأنه إيقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه.

ولو قال: أنت حُرّ اليوم غداً أعتق في اليوم، لأنه أضاف الإعتاق إلى اليوم ثم وصف اليوم بأنه غد وأنه محال ويبطل وصفه وبقيت الإضافة إلى اليوم.

ولو قال: أَنت حرّ غداً اليوم يعتق في الغد، لأنه أضاف العتق إلى الغد ووصف الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه وبقيت إضافته للمعتق إلى الغد فيعتق في الغد ولو قال أنت حر إن قدم فلان وفلان فما لم يقدما جميعاً لا يعتق، لأنه علق عتقه بشرطين فلا ينزل إلا عند آخرهما إذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما ولكان ذلك تعليقاً بأحدهما وهو علق بهما جميعاً لا بأحدهما.

ولو قال: أنت حُرّ اليوم أو غداً يعتق في الغد، لأنه جعل أحد الوقتين ظرفاً فلو عتق في اليوم لكان الوقتان جميعاً ظرفاً، وهذا خلاف تصرفه.

ولو قال: أنت حُرّ إن قدم فلان أو غداً، فإن قدم فلان قبل يجيء الغد عتق وإن جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق ما لَم يقدم في جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبـي يوسف: أن أيهما سبق مجيؤه يعتق عند مجيئه، والأصل فيه أنه ذكر شرطاً ووقتاً في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط وبين الإضافة إلى وقت من التنافي فلا بد من اعتبار أحدهما وترجيحه على الآخر، فأبو يوسف رجح جانب الشرط، لأن الشرط لا يصلح ظرفاً، والظرف

قد يصلح شرطاً فكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبره تعليقاً بأحد الشرطين فينزل عند وجود أولهما أنهما كان كما إذا نص على ذلك، ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والإضافة، فإن كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقاً واعتباره تعليقاً يقتضي نزول العتق عند أول الشرطين كما إذا علقه بأحد شرطين نصاً، وإن كان الوقت هو السابق يعتبر إضافته واعتبارها يقتضي نزول العتق عند آخر الوقتين كما إذا أضاف إلى آخر الوقتين نصاً، والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو أن يكون الركن عارياً عن الاستثناء رأساً كيفما كان الاستثناء وضعياً كان أو عرفياً عند عامة العلماء، والكلام في الاستثناء في العتاق، وبيان أنواعه وماهية كل نوع وشرائط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق، وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان إلا في شيء واحد وهو أنه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق، لأن الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثناء بعض العدد والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد وإنما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة نحو أن يقول لعبيده أنتم أحرار إلا سالماً، لأن نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي.

[ب/١٧٣/ج] ولو استثنى/ عتق بعض العبد يصح عند أبي حنيفة، ولا يصح عندهما بناءً على أن العتق يتجزأ عنده فيكون استثناء البعض من الكل فيصح، وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن محمد فيمن قال: غلاماي حران سالم وبريع إلا بريعاً أن استثناءه جائز، لأنه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم وبريع فانصرف الاستثناء إلى الجملة الملفوظة بها فكان استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح وليس كذلك ما إذا قال: سالم حر وبريع إلا سالماً، لأنه لما ذكر كل واحد منهما بانفراده كان هذا استثناءً عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح، ولو قال أنت حر وحر إن شاء الله تعالى بطل الاستثناء في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: الاستثناء جائز.

وجه قولهما: أن هذا كلام واحد معطوف بعضه على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه، كما لو قال: أنت حر لله إن شاء الله تعالى.

ولأبي حنيفة: أن قوله حر وحر لغو لثبوت الحرية باللفظ الأول فكان فاصلاً بمنزلة السكوت بخلاف قوله: أنت حر لله إن شاء الله تعالى، لأن قوله لله تعالى: ليس بلغو فلا يكون فاصلاً.

وروى ابن سماعة في «نوادره» عن محمد في رجل له خمسة من الرقيق، فقال عشرة من مماليكي إلا واحداً أحرار أنه يعتق الخمسة جميعاً، لأنه لما قال:عشرة من مماليكي أحرار إلا واحداً فقد استثنى الواحد من العشرة والاستثناء تكلم بالباقي فصار كأنه قال:تسعة من مماليكي أحرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعاً كذا هذا.

ولو قال: مماليكي العشرة أحرار إلا واحداً عتق منهم أربعة لأن هذا رجل ذكر مماليكه وغلط في عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول ويبقى قوله مماليكي أحرار إلا واحداً، ولو قال ذلك وله خمسة مماليك يعتق أربعة منهم كذا هذا، والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما صفة الإعتاق فهي أن الإعتاق هل يتجزأ أم لا، وقد اختلف فيه، قال أبو حنيفة: يتجزأ سواء كان المعتق موسراً أو معسراً، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يتجزأ كيفما كان المعتق، وقال الشافعي[١]: إن كان معسراً يتجزأ، وإن كان موسراً لا يتجزأ، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم، قال بعضهم فيمن أعتق نصف عبد بينه وبين غيره إنه يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقاً يجب تخريجه إلى العتاق، وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال بعضهم: يعتق كله وليس للشريك إلا الضمان.

وقال علي وابن عباس رضي الله عنهما: عتق ما عتق ورقَّ ما رق. هما احتجا بالنص والمعقول والأحكام.

أما النص فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعتَقَ شِقصاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ عتقَ كله ليسَ لله فيه شريك»[٢] وهذا نص على عدم التجزؤ وفي رواية «من أعتق شركاً له في عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك» وأما المعقول فهو أن العتق في العرف اسم لقوة حكمية دافعة يد الاستيلاء؛ والرق اسم لضعف حكمي يصير به الآدمي محلاً للتملك فيعتبر الحكمي بالحقيقي وثبوت القوة الحقيقية والضعف الحقيقي في النصف شائعاً مستحيل فكذا الحكمي، ولأن للعتق آثاراً من المالكية والولاية والشهادة والإرث ونحوها وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزي، ولهذا لم يتجزأ في حال الثبوت حتى لا يضرب الإمام الرق في أنصاف السبايا، ويمن عليهم بالإنصاف كذا في حالة البقاء.

وأما الأحكام: فإن إعتاق النصف قد تعدى إلى النصف الباقي في الأحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند أصحابنا، وكذا يجب تخريجه إلى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية حتى يجبره القاضي على ذلك، وهذا من آثار عدم التجـزؤ، وكذا الاستيلاد لا يتجزأ حتى لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعاه تصير كلها أم ولد له بالضمان.

ومعلوم أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق إذا لم يتجزأ فالحقيقة أولى، وكذا لو عتق نصف أم ولده أو أم ولد بينه وبين شريكه عتق كلها، وإذا لم يكن الإعتاق متجزئاً لم يكن المحل في حق العتق متجزئاً وإضافة التصرف إلى بعض ما لا يتجزأ في حقه يكون إضافة إلى الكل كالطلاق والعفو عن القصاص والله أعلم.

ولأبي حنيفة: النصوص والمعقول والحكم: أما النص فما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه رسولِ الله ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ نَصيباً لَهُ مِنْ مملوكٍ كُلّف عِتق بقيتِهِ»[٣] وإن لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صَنع، «وروي/ كلف عتق ما بقي». [أ/١٧٤/ج]

(١) انظر «الأم» (٧/ ١٩٧) و «المهذب» (٢/ ٤) و «المنهاج» صفحة (١٥٨).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الشركة باب الشركة في الرقيق رقم (٢٥٠٤) مسلم كتاب العتق باب ذكر سعاية العبد رقم (١٥٠٣).
والبيهقي في «السنن الكبرى» رقم (١٠/ ٢٧٩، ٢٨١، ٢٨٤، ٢٧٤).
والدارقطني في «السنن» كتاب المكاتب برقم (٤/ ١٢٩).

(٣) تقدم تخريجه.

وروي «وَجَبَ عليهِ أنْ يعْتِقَ مَا بَقِي» وذلك كله نص على التجزي، لأن تكليف عتق الباقي لا يتصور بعد ثبوت العتق في كله، وقوله ﷺ: «جَازَ مَا صَنَعَ» إشارة إلى عتق البعض إذ هو الذي صنعه لا غير.

وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أيضاً عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبلغُ ثَمن العَبْدِ قُوّم عليه قيمة عدل وأُعطِيَ شُركاؤه حِصَصهم وعتق عليه العبد وإلاّ عَتَقَ مَا عَتَقَ»[1] والحديث يدل على تعلق عتق الباقي بالضمان إذا كان المعتق موسراً وعلى عتق البعض إن كان معسراً فيدل على التجزؤ في حالة اليسار والإعسار.

وروي عن أبي هريرةَ عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «مَنْ كَانَ لَهُ شقصٌ في مملوكٍ فأَعتَقَهُ فعَليه خَلاصُه مِنْ مَاله إن كان له مال، وإنْ لَمْ يَكُنْ له مال استُسعِيَ العَبْدُ في رَقَبَتِهِ غَيرَ مشقوقٍ عَليهِ»[2] وفي رواية من أعتق شقصاً له من مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه.

وأما المعقول: فهو أن الإعتاق إن كان تصرفاً في الملك والمالية بالإزالة فالملك متجزىء، وكذا المالية بلا شك حتى تجري فيه سهام الورثة ويكون مشتركاً بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم، وإن كان تصرفاً في الرق فالرق متجزىء أيضاً لأن محله متجزىء وهو العبد، وإذا كان محله متجزئاً كان هو متجزئاً ضرورة وأما حكم الاثنين إذا أعتقا عبداً مشتركاً بينهما كان الولاء بينهما نصفين الولاء من أحكام العتق فدل تجزؤه على تجزي العتق.

وأما الحديث: فقد قيل: إنه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضي الله عنه[3]، وقد روي عنه خلافه فإنه روي أنه قال في عبد بين صبي وبالغ أعتق البالغ نصيبه قال: «ينتظرُ بلوغَ الصبي، فَإذَا بَلَغَ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ وإنْ شَاءَ استسعَى»[4] ولئن ثبت رفعه فتأويله من وجهين:

أحدهما: أن معنى قوله عتق كله، أي استحق عتق كله، لأنه يجب تخريج الباقي إلى العتق لا محالة فيعتق الباقي لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمّى باسم الكون والوجود، قال الله تعالى: ﴿إنَّكَ مَيتٌ وإنَّهم مَيّتونَ﴾.

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين برقم (٢٥٢٢).
ومسلم في «صحيحه» في العتق برقم (١٥٠١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٩٢) كتاب الشركة باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل، (٢٧٢٥) في كتاب العتق باب إذا أعتق نصيباً في عبد ومسلم (١٥٠٣) كتاب العتق باب ذكر سعاية العبد.
وابن حبان في «صحيحه» (١٠/٤٣١٨) كتاب العتق باب إعتاق الشريك وأخرجه أيضاً: أبو داود في «سننه» في العتق، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث برقم (٣٩٨٨) و (٣٩٣٩).
والترمذي في «جامعه» في الأحكام، باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين برقم (١٣٤٨).
والنسائي في «الكبرى» كما في «تحفة الأشراف» ٩/ ٣٠٤.
وابن ماجه في «سننه» في العتق، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(٣) ذكر الحافظ الحديثين في «الفتح» (٥/ ١٥٦ ـ ١٦٠) فانظره لزاماً.

(٤) لم أجده.

والثاني: أنه يحتمل أن المراد منه عتق كله للحال، ويحتمل أن المراد منه عتق كله عند الاستسعاء والضمان فتحمله على هذا عملاً بالأحاديث كلها.

وأما قولهما: أن العتق قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شائعاً ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلتم إن اعتبار الحكم بالحقيقة لازم أليس إن الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء؟ ثم الملك يثبت في النصف شائعاً، وهذا لأن الأمر الشرعي يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال لا بالحقائق وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق.

ألا ترى أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما في الصبي والمجنون بل هي من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات ثم إنها من ثمرات حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض، فإن الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجزين شكراً لنعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل إلى إقامة حقوق الغير.

وقولهما: لا يتجزأ ثبوته كذا زواله، من مشايخنا من منع، وقال إن الإمام إذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على أنصافهم ومنّ على الأنصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض في حالة البقاء؛ ثم إن سلمنا فالرق متجزىء في نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء إذا لا يتصور وروده على بعض المحل دون بعض، وفي حالة البقاء وجود سبب زواله كاملاً وقاصراً فيثبت كاملاً وقاصراً على حسب السبب.

وأما التخريج إلى الإعتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزي بل لمعنى آخر نذكره إن شاء الله تعالى.

وأما الاستيلاد: فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزىء، فإن الأمة للمشتركة بين اثنين إذا جاءت بولد فادعياه جميعاً صارت أم ولد لهما إلا أنه إذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد إليه بواسطة الولد على ما نذكره في كتاب الاستيلاد، وما من متجزي إلا وله حال الكمال إذا وجد السبب بكمال يتكامل، وإذا وجد قاصراً لا يتكامل بل يثبت بقدره، وفي مسألتنا وجد قاصراً فلم يتكامل.

وكذا إعتاق أم الولد متجزىء والثابت له عتق النصف وإنما يثبت له العتق في النصف الباقي لا بإعتاقه بل لعدم الفائدة في بقاء نصيب الشريك كما في الطلاق/ والعفو على القصاص على ما عرف في مسائل [ب/١٧٤/ج] الخلاف والله أعلم.

وإذا عرف هذا الأصل يبنى عليه مسائل: عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة، لأن الإعتاق عنده متجزىء وإعتاق البعض لا يوجب إعتاق الكل بل يعتق بقدر ما أعتق ويبقى الباقي رقيقاً وللشريك الساكت خمس خيارات إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء دبره وإن شاء كاتبه وإن شاء استسعاه معسراً كان المعتق أو موسراً ويسعى وهو رقيق وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسراً وليس له خيار الترك على حاله، لأنه لا سبيل إلى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزء منه وترك المال من غير

انتفاع أحد به سيب له، وأنه حرام فلا بد من تخريجه إلى العتق وله الخيار في ذلك من الوجوه التي وصفنا، أما خيار الإعتاق والتدبير والكتابة فلأن نصيبه باق على ملكه وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما في حال الابتداء.

وأما خيار السعاية فلأن نصيبه صار محتسباً عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه فيصير مضموناً عليه كما إذا انصبغ ثوب إنسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختار صاحب الثوب الثوب أنه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتسباً عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا ههنا، ولأن في السعاية سلامة نفسه ورقبته له، وإن لم تصر رقبته مملوكة له.

ويجوز إيجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه، ولأن منفعة الإعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله ﷺ: **«الخَرَاجُ بالضمَّان»**[1] ثم خيار السعاية مذهبنا، وقال الشافعي[2]: لا أعرف السعاية في الشريعة.

والوجه لقوله: أن ضمان السعاية: إما أن يكون ضمان إتلاف، وإما أن يكون ضمان تملك، ولا إتلاف من العبد بوجه إذ لا صنع له في الإعتاق رأساً ولا ملك يحصل للعبد في نفسه بالضمان، ولأن المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهي كون الشيء الواحد واجباً عليه وله، ولأن العبد معسر والضمان في هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق إذا كان معسراً مع وجود الإعتاق منه فالعبد أولى.

ولنا: ما روينا من حديث أبي هريرة رضي اللَّهُ عنه، وروى محمدُ بن الحسن عن أبي يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«مَنْ أَعْتَق عبداً بينه وبينَ شريكِهِ يُقَوَّمُ نصيبُ شريكه قيمةَ عَدْلٍ، فإنْ كانَ موسِراً ضَمِنَ نصيبَ شَريكِهِ، وإن كان معسراً سعى العبد غير مشقوق عليه»**[3] فدل أن القول بالسعاية لازم في الجملة، عرفها الشافعي أو لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني.

وبه يتبين أن ضمان السعاية ليس ضمان إتلاف ولا ضمان تملك، بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة؛ لأن كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا.

وقوله: لا يجب للمولى على عبده دين. قلنا وقد يجب كالماكتب والمستسعى في حكم المكاتب عنده إلى أن يؤدي السعاية إلى الشريك الساكت إذا اختار السعاية أو إلى المعتق إذا ضمنه الشريك الساكت، لأنه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب، وتثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الإرث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج إلا اثنتين لا يفترقان إلا في وجه واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق والمستسعى لا يرد في الرق إذا عجز، لأن الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) انظر «الأم» (١٩٨/٧).
(٣) تقدم تخريجه.

في جزء منه، ولأن رده في الرق ههنا لا يفيد، لأنا لو رددناه إلى الرق لاحتجنا إلى أن نجبره على السعاية عليه ثانياً فلا يفيد الرق.

فإن قيل: بدل الكتابة لا يلزم العبد إلا برضاه، والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان؟

فالجواب: أنه إنما كان كذلك لأن بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد، إذ المكاتبة معاوضة من وجه فافتقرت إلى التراضي، والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا، لأن الرضا إنما شرط في الكتابة للمبتدأة، لأنه يجوز أن يرضى بها العبد، ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا، وههنا لا سبيل إلى استبقائه على الرق شرعاً، إذ لا يجوز ذلك فلم يشرط رضاه للزوم السعاية.

ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة: هذا الخيار يثبت للشريك/ الذي لم يعتق سواء كان المعتق معسراً [أ/١٧٥/ج] أو موسراً.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يثبت إلا إذا كان معسراً، لأن الإعتاق لما لم يكن متجزئاً عندهما كان المعتق متلفاً نصيب الشريك فوجب عليه الضمان، ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية، فكان ينبغي أن لا يجب حال الإعسار أيضاً وأن لا يكون الواجب إلا الضمان في الحالين جميعاً، وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس، لأن ضمان الإتلاف لا يختلف بالإعسار واليسار إلا أنا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا، والنص ورد فيها في حال الإعسار فحال اليسار يقف على أصل القياس، ولما كان متجزئاً عنده لم يكن الإعتاق إتلافاً لنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الإتلاف، لكن بقي نصيبه محتسباً عند العبد بحقه، بحيث لا يمكن استخلاصه منه، وهذا يوجب الضمان على ما بينا، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الإعسار فيثبت خيار السعاية في الحالين، وإذا عتق بالإعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما، لأن الولاء للمعتق والإعتاق حصل منهما.

وأما خيار التضمين حال يسار المعتق فأمر ثبت شرعاً غير مَعقول المعنى بالأحاديث التي روينا، لأن الإعتاق إذا كان متجزئاً عنده فإن المعتق متصرفاً في ملك نفسه على طريق الاقتصار، ومن تصرف في ملك نفسه لا يؤاخذ بما حدث في ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه، كمن أحرق دار نفسه فاحترقت دار جاره، أو أسقى أرض نفسه فنزت أرض جاره، أو حفر بئراً في دار نفسه فوقع فيها إنسان، ونحو ذلك، إلا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبداً غير معقول فتبقى حالة الإعسار على أصل القياس، أو ثبت معقولاً بمعنى النظر للشريك كي لا يتلف ماله بمقابلة مال في ذمة المفلس من غير صنع من المعتق في نصيب شريكه فصلح أن يكون موجباً للضمان ومن غير أن يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم، وضمان الصلة والتبرع إنما يجب حالة اليسار كما في نفقة الأقارب، أو وجب نظراً للعبد لأنه تبرع عليه بإعتاق نصفه فلم يتم غرضه في إيصال ثمرات العتق إلى العبد فوجب عليه الضمان تتميماً لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار، ومن مشايخنا من سلك طريقة أخرى لأبي حنيفة في ضمان العتق، فقال هذا ضمان إفساد عنده، لأن المعتق بإعتاقه نصيبه أفسد نصيب شريكه حيث أخرجه من أن يكون منتفعاً به في حقه حتى

لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك عقيب فعله، وإنما يملك الإعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف إليه، إلا أنه لا يجب على المعسر نصاً بخلاف القياس.

ومنهم من قال: هو ضمان تملك لأنه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكاً له حتى كان له أن يعتق نصيبه مجاناً بغير عوض وإن شاء استسعى العبد، وهذا تفسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض، وهذا كذلك، ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك، وضمان التملك لا يستدعي وجود الإتلاف كضمان الغصب.

فإن قيل: كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك؟

قيل: يحتمل النقل إلى ملك المعتق بالضمان إن كان لا يحتمل النقل إلى ملك غيره. ويجوز بيعه منه أيضاً في القياس، هكذا ذكر في «الأصل» وقال: إن باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذه منه؛ وهذا واختياره الضمان سواء في القياس، غير أن هذا أفحشهما، والبيع هو نقل الملك بعوض، إلا أن في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق، كما لا يجوز من غيره، لكن هذا لا ينفي جواز النقل لا على وجه البيع، فإن الشيء قد يحتمل النقل إلى إنسان بالضمان، وإن كان لا يحتمله بجهة البيع، فإن الخمر تنتقل إلى المسلم بالضمان بأن أتلف على ذمي خمرة.

وإن كانت لا تنتقل إليه بالبيع على أن قبول المحل لانتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان، لأنه لا يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول المحل في ذلك الوقت.

ألا ترى أن من غصب من آخر عبداً فهلك في يده ثم أدى الضمان أنه يملكه ومعلوم أن الهالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلاً وقت انعقاد السبب، والملك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه وكذا هاهنا، ثم إذا ضمن الذي أعتق فالمعتق بالخيار إن شاء أعتق ما بقي، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى لما ذكرنا في الشريك الذي لم يعتق، لأن نصيبه انتقل إليه فقام مقامه وبأي وجه عتق من الإعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له، لأنه عتق كله على ملكه. هذا إذا كان المعتق موسراً، فأما إن كان/ معسراً [ب/١٧٥/ج] فللشريك أربع خيارات إن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى لما ذكرنا.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيعتق كله، لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ فكان إعتاق بعضه إعتاقاً لكله ولا خيار للشريك عندهما وإنما له الضمان لا غير إن كان المعتق موسراً، وإن كان معسراً فله السعاية لا غير لما ذكرنا أن المعتق صار متلفاً نصيب الشريك فكان ينبغي أن يكون الواجب هو الضمان في حالة اليسار والإعسار إلا أن وجوب السعاية حال الإعسار ثبت بخلاف القياس بالنص.

وأما على قول الشافعي: إن كان المعتق موسراً عتق كله وللشريك أن يضمنه لا غير كما قالا، وإن كان معسراً يعتق ما أعتق ويبقى الباقي محلاً لجميع التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك، لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ في حالة اليسار، وفي حالة الإعسار يتجزأ لما ذكرنا من الدلائل لأبي حنيفة، فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقي نصيبه على ما كان من مشايخنا من قال: لا خلاف بين أصحابنا في أن

العتق لا يتجزأ وإنما اختلفوا في الإعتاق وهذا غير سديد؛ لأن الإعتاق لما كان متجزئاً عند أبـي حنيفة كان العتق متجزئاً ضرورة إذ هو حكم الإعتاق، والحكم يثبت على وفق العلة، ولما لم يكن متجزئاً عندهما لم يكن الإعتاق متجزئاً أيضاً لما قلنا، ولأن القول بهذا قول بتخصيص العلة، لأنه يوجد الإعتاق في النصف ويتأخر العتق فيه إلى وقت الضمان أو السعاية وأنه قول بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطل.

ولنا: أن العتق وإن ثبت في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن في الإعتاق حق الله عز وجل وحق العبد بالإجماع وإنما اختلفوا في الرجحان فالقول بالتمليك إبطال الحقين وهذا لا يجوز، وكذا فيه إضرار بالمعتق بإهدار تصرفه من حيث الثمرة للحال وإضرار بالعبد من حيث إلحاق الذل به في استعمال النصف الحر والضرر منفي شرعاً.

فإن قيل: إن كان في التمليك إضرار بالمعتق ففي المنع من التمليك إضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من التصرف في ملكه فوق التعارض؛ فالجواب أنا لا نمنعه من التمليك أصلاً ورأساً فإن له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد ويكاتبه، وفي التضمين تملكيه من المعتق بالضمان، وفي الاستسعاء والمكاتبة إزالة الملك إلى عوض وهو السعاية وبدل الكتابة فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان أولى، فإن اختار للتدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبراً عند أبـي حنيفة، لأن نصيبه باق على ملكه فيحتمل التخريج إلى العتق والتدبير تخريج إلى العتق إلا أنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت، بل يجب عليه السعاية للحال فيؤدي فيعتق، لأن تدبيره اختيار منه للسعاية وله أن يعتق، لأن المدبر قابل للإعتاق وليس له أن يضمن المعتق، لأن التضمين يقتضي تملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، لأن تدبيره اختيار منه للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وإن اختار الكتابة فكاتب نصيبه يصير نصيبه مكاتباً عند أبـي حنيفة لما ذكرنا، وكانت مكاتبته اختياراً منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك، ولأن ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضاً فتعذر التضمين ويملك إعتاقه لأن الكتابة لا تمنع من الإعتاق: ثم معتق البعض إذا كوتب فالأمر لا يخلو إما أن كاتبه على الدراهم والدنانير، وإما أن كاتبه على العروض، وإما أن كاتبه على الحيوان، فإن كاتبه على الدراهم والدنانير، فإن كانت المكاتبة على قدر قيمته جازت لأنه قد ثبت له اختيار السعاية، فإذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها، وإن كاتبه على أقل من قيمته يجوز أيضاً لأنه رضي بإسقاط بعض حقه، وله أن يرضى بإسقاط الكل فهذا أولى.

وإن كاتبه على أكثر من قيمته، فإن كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها جازت أيضاً لأنها ليست زيادة متحققة لدخولها تحت تقويم أحد المقومين، وإن كانت مما لا يتغابن الناس في مثلها يطرح عنه الفضل لأن مكاتبته اختيار للسعاية والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز أخذ الزيادة على القدر المستحق لأنه يكون ربا.

وإن كانت المكاتبة على العروض جازت بالقليل والكثير، لأن الثابت له عليه وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير بالعروض جائز، / قلّت العروض أو كثرت، وإن كانت على الحيوان جازت، لأن الحيوان [١٧٦/أ/ج]

يثبت ديناً في الذمة عوضاً عما ليس بمال، ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان ويجب الوسط، كذا هذا.

ولو صالح الذي لم يعتق العبد أو المعتق على مال فهذا لا يخلو عن الأقسام التي ذكرناها في المكاتبة، فإن كان الصلح على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لا شك أنه جائز، وكذا إذا كان على أقل من نصف قيمته لأنه يستحق نصف القيمة، فإذا رضي بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز وكذا إن كان على أكثر من نصف قيمته مما يتغابن الناس في مثله لما قلنا.

فأما إذا كان على أكثر من نصف قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعاً، أما على أصل أبـي يوسف ومحمد فظاهر، لأن نصف القيمة قد وجب على العبد أو على المعتق، والقيمة من الدراهم والدنانير، فالزيادة على القدر المستحق تكون فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة فيكون رباً، كمن كان له على آخر ألف درهم فصالحه على ألف وخمسمائة إن الصلح يكون باطلاً كذا هذا، وهذا على أصلهما مطرد، لأن عندهما أن من أتلف على آخر ما لا مثل له أو غصب منه ما لا مثل له فهلك في يده فالثابت في ذمته القيمة، حتى لو صالح على أكثر من قيمته لا يجوز عندهما، فكذا ضمان المعتق، لأنه ضمان إتلاف عندهما.

وأما عند أبـي حنيفة: فالصلح عن المتلف أو المغصوب على أضعاف قيمته جائز، وههنا نقول لا يجوز فيحتاج إلى الفرق بين المسألتين والفرق له من وجوه:

أحدها: أن الواجب بالإتلاف والغصب فيما لا مثل له من جنسه في ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته، فإذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضاً عن المتلف فجاز. وضمان العتق ليس بضمان إتلاف ولا ضمان غصب عنده لثبوت المتلف والمغصوب في الذمة فكان الثابت في الذمة هو القيمة وهي دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على أكثر منها.

والثاني: أن الغاصب إنما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله، بدليل أن له أن لا يضمنه ليهلك على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا صلحاً عن العبد على هذا القدر من المالين، فكأنه ملكه منه به وأنه محتمل للملك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التمليك مقصوداً فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا.

والثالث: أن الضمان في باب الغصب يجب وقت الغصب، لأنه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك إلى الغاصب في المغصوب في ذلك الوقت وإنه في ذلك الوقت قابل للتمليك فيصح الصلح على القليل والكثير، والضمان في باب العتق يجب وقت الإعتاق، والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصوداً فالصلح لا يقع عند العبد وإنما يقع قميته فلا تجوز الزيادة من قيمته، وإن كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير، لأن ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير، وذلك جائز كيفما كان.

وإن صالحه على شيء من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما، فإن صالح العبد جاز وعليه الوسط، وإن صالح المعتق لم يجز لأن في الفصل الأول جعل الحيوان بدلاً عن العتق وأنه ليس بمال والحيوان يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما ليس بمال كالإعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد، ولأن الصلح مع

العبد في معنى مكاتبته، وإن كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما في الفصل الثاني فإنما جعل الحيوان بدلاً عن القيمة وإنها مال والحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بدلاً عن المال كالبيع ونحوه.

ولو كان شريك المعتق في العبد صبياً أو مجنوناً له أب أو جد أو وصي فوليه أو وصيه بالخيار إن شاء ضمن المعتق وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء كاتبه وليس له أن يعتق أو يدبر لأن التدبير إعتاق والصبي والمجنون لا يملكان الإعتاق فلا يمكله من يلي عليهما، وإنما ملك الأب والوصي الاستسعاء والتضمين لأن الاستسعاء مكاتبة والأب والوصي يملكان مكاتبة عبد الصبي والمجنون والتضمين فيه نقل الملك إلى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبي والمجنون، وكذلك لو كان الشريك مكاتباً أو مأذوناً عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة، إلا أنهما لا يملكان الإعتاق لانعدام ملك الرقبة. أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لأنه أخص بالتصرف فيما في يده من المولى وأما المأذون الذي عليه دين فكذلك، لأن/ [ب/١٧٦/ج] المولى لا يملك ما في يده على أصل أبي حنيفة فيكون الخيار للعبد، وعلى أصلهما إن كان يملك، لكن العبد أخص بالتصرف فيما في يده من المولى، فإن لم يكن عليه عين فالخيار للمولى، كما في الحرية لأنه إذا لم يكن عليه دين فهو وما في يده ملك المولى فكان الخيار للمولى؛ فإن اختار الشريك السعاية، ففي الصبي والمجنون الولاء لهما، لأنهما من أهل الولاء لكونهما حرين وفي المكاتب والمأذون الولاء للمولى لكونهما رقيقين، والولاء لا يثبت إلا للحر وإن لم يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصي، فإن كان هناك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الأمور من التضمين والاستسعاء والمكاتبة، وإن لم يكن هناك حاكم وقف الأمر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس.

ثم إذا اختلف حكم اليسار والإعسار في الضمان لا بد من معرفتهما، فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقي من العبد قلت أو كثرت، والإعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها، حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه وإلا فلا.

إلى هذا وقعت الإشارة فيما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ كَانَ لَهُ شقصٌ في مملوك فأعتقَهُ فعليهِ خلاصه مِنْ مَالِهِ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ استسعي العبدُ في رقبتِه غير مشقوق عليهِ**»(١) اعتبر مطلق المال لا النصاب وأشار النبي ﷺ إلى أن الواجب تخليص العبد. وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل ثم يسار المعتق وإعساره يعتبر وقت الإعتاق، حتى لو كان معسراً وقت الإعتاق لا يضمن وإن أيسر بعد ذلك، لأن ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الإتلاف والغصب.

ولو اختلفا في اليسار والإعسار فإن كان اختلافهما حال الإعتاق فالقول قول المعتق، لأن الأصل هو الفقر، والغنا عارض فكان الظاهر شاهداً للمعتق والبينة بينة الآخر لأنها تثبت زيادة.

وإن كان الإعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام الأول وأنا معسر ثم أيسرت فيعتبر ذاك الوقت، وقال الآخر: بل أعتقه عام الأول وأنت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك إقامة البينة، لأن

---

(١) تقدم تخريجه.

حالة اعتبار اليسار والإعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال، كما إذا اختلف صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال، كذا ههنا.

وقد قال أبو يوسف: في عبدين بين رجلين قال أحدهما: أحدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق، وكذلك لو كان مات قبل أن يختار وقد استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما، إنما أنظر إلى حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى العبد فيعتق.

ثم إنما أنظر إلى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر إلى حاله يوم كاتب وهذا على أصله صحيح، لأن إضافة العتق إلى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كأنه علقه به نصاً فيعتبر حاله يوم الاختيار، لأنه يوم العتق كما لو قال لعبد مشترك بينه وبين غيره: إن دخلت الدار فأنت حر فدخل أنه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين، لأن يوم الدخول هو يوم العتق.

وأما على أصل محمد فإضافة العتق إلى المجهول تنجيز وإنما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق فيعتبر صفة العتق في يساره وإعساره يوم التكلم بالعتق، وكذا يعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الإعتاق حتى لو علمت قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت أو كاتب أمة فولدت لم يلتفت إلى ذلك ويضمنه قيمته يوم أعتقه لأنه يوم وجوب الضمان فيعتبر قيمته يومئذ كما في الغصب والإتلاف وإن لم يعلما ذلك واختلفا، فجملة الكلام فيه أن العبد لا يخلو إما أن يكون قائماً وقت الخصومة، وإما أن يكون هالكاً اتفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها.

والأصل في هذه الجملة: أن الحال إن كانت تشهد لأحدهما فالقول قوله لأن الحال شاهد صادق أصله مسألة الطاحونة، وإن كانت لا تشهد لأحدهما فالقول قول المعتق لأنه منكر، فإن كان العبد قائماً وقت الخصومة واتفقا على العتق في الحال واختلفا في قيمته بأن قال المعتق قد أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال شريكه نعم أعتقه اليوم إلا أن قيمته أكثر من ذلك يرجع إلى قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة. /لأن الحال أصدق. [١٧٧/أ/ج]

وكذا لو اختلفا في حال العتق فقال المعتق أعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال الآخر أعتقته اليوم وقيمته أكثر، أو قال المعتق أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال الآخر: بل أعتقته قبل ذلك وقيمته كانت أكثر رجع إلى قيمته في الحال لأن الحال إذا شهدت لأحدهما فالظاهر أن قيمته كانت كذلك وقت الإعتاق إذ الأصل دوام الحال والتغير خلاف الأصل فكان الظاهر شاهداً له فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان في انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال فيه كذا هذا.

وإن اتفقا على أن العتق كان متقدماً على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته كانت كذا، وقال الشريك بل كانت أكثر، فهنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع إلى قيمة العبد في الحال، لأنها تزيد وتنقص في المدة، ويكون القول قول المعتق، لأن الشريك يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر، فكان القول قوله كالمتلف والغاصب، وقالوا في الشفعة إذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشتري في قيمته وقيمة الأرض إن

المرجع إلى قيمة الأرض في الحال، والقول قول المشتري في البناء لأن الشفيع يريد أن يتملك عليه الأرض بالشفعة فلا يجوز أن يتملكها إلا بقوله، فأما المعتق فلا يريد أن يتملك على شريكه وإنما شريكه يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر.

وكذلك إذا كان العبد هالكاً فالقول قول المعتق لما قلنا إنه منكر للزيادة، والله عز وجل أعلم.

فإن هلك العبد قبل أن يختار الشريك الذي لم يعتق شيئاً هل له أن يضمن المعتق إذا كان موسراً، اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن وإحدى روايتي أبي يوسف أن له أن يضمن المعتق، وروى أبو يوسف رواية أخرى عنه أنه لا ضمان على المعتق.

وجه هذه الرواية: أن تضمين المعتق ثبت نصاً بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم أن الشريك بالإعتاق تصرف في نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه ويده بعد الإعتاق، إلا أن ولاية التضمين ثبتت شرعاً بشريطة نقل ملك المضمون إلى الضمان، فإذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس.

وجه رواية محمد: أن ولاية التضمين قد ثبتت بالإعتاق فلا تبطل بموت العبد كما إذا مات العبد المغصوب في يد الغاصب.

وأما قوله: ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند إلى وقت الإعتاق فيستند ملك المضمون إلى ذلك الوقت كما في باب الغصب، وهو في ذلك الوقت كان محتملاً للنقل، فأمكن إيجاب الضمان، وإذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه في تركة العبد إن كان له تركة، وإن لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبي حنيفة أن نصيب الشريك يبقى على ملكه، وله أن يضمن المعتق إن كان موسراً، وإذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الإعتاق، وكان له أن يرجع بذلك في تركة العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حياً، وإن كان معسراً فله أن يرجع في تركة العبد، وإن لم يترك شيئاً فلا شيء للشريك، لأن حقه عليه وهو قد مات مفلساً.

هذا إذا مات العبد وأما إذا مات أحد الشريكين، فإن مات المعتق فلا يخلو إما أن يكون الإعتاق منه في حال صحته، وإما أن يكون في حال مرضه، فإن كان في حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف، وإن كان في حال مرضه لم يضمن شيئاً حتى لا يؤخذ من تركته، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يستوفي الشريك من ماله قيمة نصيبه؛ وهذا مبني على الأصل الذي ذكرنا أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، وعنده يتجزأ.

ووجه البناء على هذا الأصل: أن الإعتاق لما لم يكن متجزئاً عندهما كان ضمان العتق ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئاً عنده كان المعتق متصرفاً في ملك نفسه على طريق الاقتصار، ومثل هذا لا يوجب الضمان في أصول الشرع، ولهذا لو كان معسراً لا يجب الضمان، ولو كان إعتاقه إتلافاً أو إفساداً لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان، لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار إلا أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص، وأنه ورد في حال اليسار المطلق، وذاك في حالة الصحة لأنها

حال خلوص أمواله وفي مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح إقراره للورثة أصلاً، ولا يصح تبرعه على الأجنبي إلا من الثلث، ولا تصح كفالته ولا إعتاقه إلا من الثلث، فلمْ يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقي الأمر فيها على أصل القياس، ولأن ضمان العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق في نصيب الشريك.

ألا ترى أنه لا يجب على المعسر، والصلات إذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الأقارب والزكاة وغير ذلك.

وإلى هذا أشار محمد لأبي حنيفة أنه لو وجب الضمان على المريض ويؤخذ من تركته يكون هذا من [ب/١٧٧/ج] مال/ الوارث والمعنى فيه أن الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض موته والثلثين للورثة.

قال النبي ﷺ: «إنَّ اللَّهَ تعالَى تصدَّقَ عليكُمْ بثُلُثِ أموالِكُم في آخِرِ أَعْمَارِكُم زيادة على أعمالكُم»[1] وهكذا نقول في حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة في حالة البقاء فإنه يثبت به الملك في المضمون في حق الإعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط العوض أنه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة، وكذا الكفالة تنعقد تبرعاً حتى لا تصح إلا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وإنما انقلبت معاوضة لأنه يوجب الملك في رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملاً عن العبد، لأن الضمان عليه في الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع في مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة أن الكفيل يكون متبرعاً في التحمل عن المكفول عنه، ثم إذا صح تحمله وملك ما في ذمته بالأداء إلى المكفول له انقلبت معاوضة.

ألا ترى أن من قال في حال الصحة ما كان لك على فلان فهو عليّ ثم كان له على فلان في مرضه فأخذ ذلك من المريض فإنه يعتبر من جميع المال لا من الثلث ويؤخذ من تركته، ولو وجد ابتداء الكفالة في المرض يكون المؤدى معتبراً من الثلث، فدل على التفرقة بين الفصلين.

وإن مات الشريك الذي لم يعتق ثبت الخيار لورثته، فإن اجتمعوا على شيء من الإعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف، لأنهم يخلفون الميت ويقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم، وإن انفردوا فأراد بعضهم الإعتاق وبعضهم التضمين ذكر في الأصل أن لهم ذلك، وقال الحسن بن زياد إنه ليس لهم ذلك إلا أن يعتقوا أو يستسعوا أو يضمنوا، والظاهر أنه رواية عن أبي حنيفة لأن الإعتاق عند الحسن لا يتجزأ كما لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد فلا يصح هذا التفريع على مذهبه، وجه ما ذكر في الأصل أن نصيب الشريك قد بقي على ملكه عند أبي حنيفة لتجزؤ الإعتاق عنده، وقد انتقل نصيبه إلى الورثة بموته فصاروا كالشركاء في الأصل في العبد أعتق أحدهم نصيبه أن للباقين أن يختار كل واحد منهم ما يشاء كذا هذا.

وجه رواية الحسن: أن الورثة انتقل إليهم ما كان للميت وما كان له أن يختار الضمان في البعض،

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب الوصايا باب الوصية من الثلث رقم (٢٧٠٩).
والدارقطني في «السنن» كتاب الوصايا برقم (٤/ ١٥٠).
والطبراني والبزار عن أبي الدرداء كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١٢) مرفوعاً وأحمد في «المسند» رقم (٦/ ٤٤١).

والسعاية في البعض فكذا لهم، ولأن المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة، ومن كاتب عبده ثم مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الإعتاق، وبعضهم التضمين، وبعضهم الاستسعاء، بل ليس لهم إلا أن يجتمعوا على شيء واحد إما العتق وإما الضمان كذا هذا.

ثم على رواية الحسن: لو أعتق بعضهم كان إعتاقه باطلاً ما لم يجتمعوا على الإعتاق، لأن المستسعى كالمكاتب على أصل أبي حنيفة، ولو مات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب كان إعتاقه باطلاً ما لم يجتمعوا عليه كذا هذا.

فإذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف، والولاء يكون للميت حتى ينتقل إلى الذكور من ورثته دون الإناث، وهو فائدة كونه للميت، لأن من أصل أبي حنيفة أن المعتق بعضه في معنى المكاتب، والمكاتب لا ينتقل فيه بالإرث فكان ولاؤه للميت كذا هذا.

وإذا كان المعتق موسراً يوم أعتقه فاختار الشريك تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك ويختار السعاية، ذكر في الأصل أنه ليس له ذلك، ولم يفصل بين ما إذا رضي المعتق بالضمان أو حكم به الحاكم أو لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم، وروى ابن سماعة عن محمد أن له ذلك ما لم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم فإن قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك، من المشايخ من لم يجعل في المسألة اختلاف الرواية، وجعل ما ذكره ابن سماعة عن محمد من التفصيل تفسيراً لما ذكره في ظاهر الرواية، وإليه ذهب الجصاص، وقال أراد بما ذكر في الكتاب إذا قضى به القاضي أو رضي به الشريك.

وحكى عن الكرخي والجصاص أنهما جعلا مسألة الغاصب،وغاصب الغاصب على هذا أنه إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم بدا له واختار تضمين الآخر فله ذلك إلا أن يرضى به المضمن أو يقضي به القاضي، ومنهم من جعل في المسألة روايتين.

وجه ما ذكر في «**الأصل**» أن له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين إذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر فكان اختياره التضمين إبراء للعبد عن السعاية، ولهذا لو اختار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان، وكانت نفس اختيار السعاية إبراء له عن الضمان من غير قضاء ولا رضا كذا إذا اختار الضمان.

وجه رواية/ ابن سماعة: أن اختيار الشريكين تضمين المعتق إيجاب الملك له في المضمون بعوض، [١٧٨/أ/ج] وهو الضمان وذلك لا يتم إلا بالرضا أو بالقضاء؛ فما لم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار وكان له الرجوع عنه إلى السعاية، بخلاف ما إذا اختار الشريك السعاية أنه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضي بذلك العبد أو لم يرض، لأن اختيار السعاية على العبد ليس فيه إيجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف عليه، فإن أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شيء.

أما على أصل أبي حنيفة فظاهر، لأن العتق يتجزأ فيقتصر العتق على نصيب المعتق، فإذا صادف ملك غيره لم ينفذ، وأما على أصلهما فالعتق وإن كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت العتق في نصيبه ثم يسري إلى نصيب شريكه، فإذا أضاف الإعتاق إلى نصيب شريكه لم يثبت العتق في نصيب نفسه فلا يتعدى إلى نصيب

الشريك، وإن كان المعتق جارية حاملاً لا يضمن المعتق من قيمة الولد شيئاً، لأن الحمل بمنزلة طرف من أطرافها، والأطراف بمنزلة الأوصاف والأوصاف لا تفرد بالضمان إلا بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصوداً، ولأن الحمل في الآدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان، وكذلك كل حمل يعتق أمه إذا كان المعتق مالكهما كما في الرهن وإن لم يكن مالكاً للولد كما في الجارية الموصى برقبتها لرجل وبحملها لآخر فأعتق صاحب الرقبة الأم يعتق الحمل ويضمن قيمته لصاحبه، لأن الولد انفرد عن الأم في الملك فجاز أن يتفرد بالضمان.

وإن كان العبد بين جماعة فأعتق أحدهما نصيبه فاختار بعض الشركاء الضمان وبعضهم السعاية، وبعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول أبي حنيفة، لأن إعتاق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر فكان لكل واحد منهم ما اختار.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة في عبد بين ثلاثة: أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر بعده فللثالث أن يضمن المعتق الأول إن كان موسراً، وإن شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لأن نصيبه بقي على ملكه فثبت له الخيارات للتخريج إلى الإعتاق وليس له أن يضمن المعتق الثاني، وإن كان موسراً، لأن تضمين الأول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا أنه لا صنع للمعتق في نصيب الشريك بإتلاف نصيبه وإنما عرفناه بالنص نظراً للشريك وإنه يحصل بتضمين الأول، ولأن ضمان العتق ضمان معاوضة في الأصل، فإذا أعتق الأول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون إليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء، والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين إلى غيره، فإن اختار تضمين الأول فالأولى أن يعتق، وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى، لأنه قام مقام المضمن وليس له أن يضمن المعتق الثاني، لأن الأول لم يكن له أن يضمنه فكذا من قام مقامه.

وأما على أصلهما: فلما أعتق الأول أعتق جميع العبد فلم يصح إعتاق الثاني وليس للثاني والثالث إلا التضمين إن كان المعتق موسراً والسعاية إن كان معسراً وعلى هذا من كان له عبد فأعتق نصفه فعلى قول أبي حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقاً يجب تخريجه إلى العتاق، فإن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى، وإذا أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله وليس له أن يتركه على حاله.

وعلى قولهما: يعتق كله سواء كان المعتق موسراً أو معسراً من غير سعاية، وكذا إذا أعتق جزءاً من عبده أو شقصاً منه يمضي منه ما شاء ويبقى الباقي رقيقاً يخرج إلى العتاق بالخيارات التي وصفنا في قول أبي حنيفة، لأن الإعتاق عنده متجزىء إلا أن ههنا أضاف العتق إلى مجهول فيرجع في البيان إليه كما لو قال أحد عبيدي حر.

وقيل: ينبغي في قياس قول أبي حنيفة في السهم أن يعتق منه سدسه لأن السهم عبارة عن السدس في عرف الشرع، لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: «أَنَّ رَجُلاً أَوْصَى فِي زَمَنِ النَّبِي ﷺ بسهمٍ مِنْ مَالِهِ لرجلٍ فَأعطاهُ النَّبِي ﷺ سدسَ مَالِهِ»(١).

(١) ذكر الجصاص المسألة في «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ٢٥) ولم يذكر دليلاً في المسألة ونقل كلام أبي جعفر الطحاوي رحمه

وعن جماعة من أهل اللسان أن السهم عبارة عن السدس في اللغة، وعندهما يعتق كله لأن العتق لا يتجزأ، عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبراً ثم إن كان المدبر موسراً فللشريك ست خيارات إن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء ضمن، وإن شاء استسعى، وإن شاء تركه على حاله وإن كان معسراً فلشريكه خمس خيارات إن شاء أعتق؛ وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى، وإن شاء تركه على حاله وليس له/ أن يضمن، وهذا قول أبي حنيفة، لأن التدبير عنده متجزىء كالإعتاق فيثبت [ب/١٧٨/ج] له الخيارات، أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة والسعاية فلأن نصيبه بقي على ملكه في حق التخريج إلى العتاق.

وأما خيار التضمين فلأنه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلاً للتمليك مطلقاً بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه في حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين؛

وأما خيار الترك على حاله فلأن الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وأنه مفيد، لأن له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه إلى الحرية ما لم يمت المدبر، فإن اختار تضمين المدبر فللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد لأن الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له فإذا أدى عتق والولاء كله للمدبر لأن كله عتق على ملكه لانتقال نصيب شريكه إليه وإن اختار الاستسعاء أو الإعتاق كان الولاء بينهما، لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، وأما إذا كان معسراً فلا حق له في الضمان، لأن ضمان التدبير لا يجب مع الإعسار كما لا يجب ضمان الإعتاق فبقي أربع خيارات.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: صار كله مدبراً لأن التدبير على أصلهما لا يتجزأ كالإعتاق المعجل وليس للشريك إلا التضمين موسراً كان المدبر أو معسراً على الرواية المشهورة عنهما لأن ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والإعسار كالبيع.

ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الثاني وهو موسر فللشريك الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع به المدبر على العبد وليس له أن يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً وليس له أن يضمنه ما انتقل إليه من نصيب الثالث، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: العبد كله مدبر للذي دبره ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً، لأن التدبير لما كان متجزئاً عند أبي حنيفة، فلما دبره أحدهم فقد ثبت لكل واحد من الشريكين ست خيارات، فلما أعتقه الثاني فقد استوفى ما كان له فلم تبق له ولاية تضمين المدبر وللساكت أن يضمنه، لأنه أتلف عليه نصيبه فكان له ولاية التضمين وليس له أن يضمن المعتق لأن ضمان المعتق ضمان معاوضة في الأصل وهو ضمان التملك وهو أن يكون بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب.

ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون، لأن التدبير انعقد سبباً لوجوب الضمان على المدبر وإنه

= الله: تدل سهم من مال؛ يحتمل أن يكون سهماً من الستة الأسهم التي تنقسم عليها الفرائض، ويحتمل أن يكون سهماً من عشرة؛ لأن الأعداد عشرة، وإنما يزاد عليها بعد ذلك بعد ذلك أجزاء منها، ويحتمل أن يكون سهماً من السهام التي تنقسم عليها ميراث الموصي بين ورثته على فرائض الله تعالى التي يرثونها عليها، وكان هذا أولى؛ لأن هذه هي السهام الموروثة عنه.

يوجب ملك المضمون فصار ذلك النصيب بحال لا يحتمل النقل إلى غير المدبر فتعذر تضمين المعتق، ولأن المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولاء، والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يجوز أن ينقله إلى الغير وللمدبر أن يضمن المعتق، لأنه بالإعتاق أتلف نصيبه بإخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة الاستخدام فيضمن له قيمة نصيبه لكن مدبراً، لأن المتلف مدبر ويرجع به المدبر على العبد، لأن نصيب الساكت انتقل إليه فقام هو مقامه وكان له أن يستسعي العبد فكذا للمدبر، ولأن الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز إبقاؤه على الرق ولم يمكن أن يجعل هذا ضمان معاوضة، لأن نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل إلى ملك الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة، وإن شاء المدبر أعتق نصيبه الذي دبره لأن بإعتاق شريكه لم يزل ملكه وإن شاء استسعى العبد كما في عتق أحد الشريكين، فإن اختار الضمان كان للمعتق أن يستسعي العبد، لأن المدبر أقامه مقام نفسه فكان له أن يستسعيه فكذا له وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي انتقل إليه من الثالث، لأن المدبر إنما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستنداً إلى وقت التدبير، والمستند قبل ثبوته في المحل يكون ثابتاً من وجه دون وجه فلا يظهر ملكه في حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك.

وأما عندهما: فالتدبير لما لم يكن متجزئاً صار الكل مدبراً ويضمن ثلثي قيمته للشريكين لإتلاف نصيبهما عليهما، سواء كان موسراً أو معسراً لا تجب السعاية هنا بخلاف الإعتاق، لأن بالإعتاق يزول ملكه فيسعىٰ وهو حر، وههنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبراً له وكسب المدبر للمولى فتعذر الاستسعاء.

وعلى هذا إذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالإعتاق بأن كان العبد بين رجلين وشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه وأنكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز/ [أ/١٧٩/ج] إقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد في قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة.

وعندهما: إن كان المشهود عليه موسراً فلا سعاية للشاهد على العبد، وإن كان معسراً فله السعاية عليه.

أما عدم قبول شهادته فلأن شهادة الفرد في هذا الباب غير مقبولة، ولو كانا اثنين لكان لا تقبل شهادتهما أيضاً، لأنهما بشهادتهما يجران المغنم إلى أنفسهما لأنهما يثبتان به حق التضمين لأنفسهما **«ولا شهادَةَ لجارِ المَغْنَمِ على لسانِ رسولِ اللَّهِ ﷺ»** إلا أنه بشهادته على صاحبه صار مقراً بفساد نصيبه بإقراره على صاحبه بإعتاق نصيبه فشهادته على صاحبه وإقراره عليه إن لم يجز فإقراره بفساد نصيب نفسه جائز، لأن الإنسان يصدق بإقراره على نفسه خصوصاً فيما يتضرر به ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد، لأنه لم يوجد منه الإقرار بعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وإنما أقر بالعتق في نصيب شريكه إلا أن إقراره بالعتق في نصيب شريكه في حق شريكه لم ينفذ فينفذ إقراره بالعتق في نصيب شريكه في حقه ولا يضمن الشاهد لشريكه، لأنه لم يعتق نصيب نفسه.

وأما السعاية: فلأن فساد نصيبه يوجب التخريج إلى العتق بالسعاية ويسعى العبد لهما في قيمته بينهما

فيسعى للشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف قيمته سواء كان المنكر موسراً أو معسراً في قول أبي حنيفة، لأن السعاية ثبتت مع اليسار والإعسار على أصله.

أما حق الاستسعاء للشاهد وإن كان المشهود عليه موسراً فلأن في زعمه أن شريكه قد أعتق وأن له حق التضمين أو الاستسعاء إلا أنه تعذر التضمين لأن إقراره لم يجز عليه في حقه فبقي له حق الاستسعاء.

وأما المنكر؛ فلأن في زعمه أن نصيبه على ملكه، وقد تعذر عليه التصرف فيه بإقرار شريكه فكان له أن يستسعي.

وأما عندهما: فإن كان المنكر موسراً فلا سعاية للشاهد على العبد، لأنه يزعم أنه عتق بإعتاق شريكه وأنه لا يستحق إلا الضمان، لأن السعاية لا تثبت مع اليسار على أصلهما، وإن كان معسراً فللشاهد أن يستسعي.

وأما المنكر فيستسعي على كل حال بالإجماع معسراً كان أو موسراً، لأن نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الإقرار بسقوط حقه عن السعاية، فإن أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز في قول أبي حنيفة، لأن نصيب المنكر على ملكه، وكذلك نصيب الشاهد عنده، لأن الإعتاق يتجزأ فإذا أعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما، لأن العتق منهما، وكذلك إن استسعيا وأدى السعاية فالولاء لهما.

وأما على قولهما: فالولاء في نصيب الشاهد موقوف، لأن في زعم الشاهد أن جميع الولاء لشريكه، لأن الإعتاق لا يتجزأ على أصلهما وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف، وإن شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر يحلف أولاً كل واحد منهما على دعوى صاحبه، لأن كل واحد منهما بدعوى العتق على صاحبه يدعي وجوب الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه، وهذا لأن فائدة الاستحلاف النكول ليقضي به والنكول إما بذل أو إقرار، والضمان مما يصح بذله والإقرار به.

وإذا تحالفا سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته في قول أبي حنيفة، لأن في زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق وأن له الضمان أو السعاية، وتعذر التضمين حيث لم يصدقه الآخر فبقي الاستسعاء، ولا فرق عند أبي حنيفة بين حال اليسار والإعسار.

وأما على قولهما: فإن كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما، لأن كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه ويزعم أن لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه.

وإن كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما، لأن كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له إلا السعاية.

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى العبد للموسر ولم يسع للمعسر لأن الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وإنما له السعاية على العبد، والمعسر إنما يزعم أن الضمان على الشريك وإنه قد أبرأ العبد، ثم هو عبد في قول أبي حنيفة ويسعى وهو رقيق إلى أن يؤدي ما عليه، لأن المستسعى في حكم

المكاتب على أصله وعندهما هو حر عليه دين حين شهد المولیان فيسعى وهو حُرّ لأن في زعم كل واحد منهما أنه حر من جهة صاحبه.

ومن أقرّ بحرية عبد في ملكه عتق عليه. عبد بين رجلين قال أحدهما: إن كنت دخلت هذه الدار أمس فأنت حر، وقال الآخر: إن لم تكن دخلتها أمس فأنت حر ولا يدري أكان دخل/ أو لم يدخل عتق نصف [ب/١٧٩/ج] العبد بينهما ويسعى في نصف قيمته بين الموليين موسرين أو معسرين في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما، وإن كانا موسرين فلا يسعى لأحد، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للمعسر في ربع قيمته ولا يسعى للموسر، وقال محمد: إن كانا موسرين لا يسعى، وإن كانا معسرين يسعى لهما في جميع قيمته.

وجه قول محمد: أن كل واحد منهما يدعي على صاحبه أنه أعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه، ولأن من عتق عليه نصف العبد مجاناً بغير سعاية مجهول، لأن الحانث منهما مجهول فكان من يقضي عليه بسقوط نفس السعاية مجهولاً فلا يمكن القضاء به.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن نصف العبد قد عتق بيقين لأن أحد الشريكين حانث بيقين إذ العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل إذ لا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للحنث أولى من الآخر والمقضي له بالعتق يتعين فيقسم نصف العتق بينهما، فإذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر إيجاب كل السعاية عليه فتجب نصف السعاية، ثم على أصل أبي حنيفة يسعى في نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين أو معسرين، لأن ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والإعسار، وعند أبي يوسف: يختلف، فإن كانا معسرين سعى لهما، وإن كانا موسرين لا يسعى لهما، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر، وما ذكره محمد أن هذا كشهادة كل واحد منهما على الآخر غير سديد، لأن ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا، وفي مسألة الشهادة لم نستيقن بالحرية لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين.

وأما قوله: أن الذي يُقضىٰ عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا لا يمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوماً، لأن المقضي له إذا كان معلوماً يمكن رفع الجهالة التي من جانب المقضي له بالقسمة والتوزيع، وإذا كان مجهولاً لا يمكن، فإن حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لأحدهما، فقال أحدهما لعبده إن كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فأنت حر، وقال الآخر لعبده: إن لم يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم ولا يدري أدخل الدار أم لم يدخل لم يعتق واحد من العبدين، لأن ههنا المقضي له وعليه كل واحد منهما مجهول ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة في الطرفين، وفي الفصل الأول المقضي له بالعتق متيقن معلوم والقضاء في مثله جائز كمن أعتق واحدة من جواريه العشر ثم جهلها.

وعلى هذا قال أبو يوسف: في عبدين بين رجلين، قال أحدهما لأحد العبدين: أنت حر إن لم يدخل فلان هذه الدار اليوم، وقال الآخر للعبد الآخر: إن دخل فلان هذه الدار اليوم فأنت حر فمضىٰ اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل فإن هذين العبدين يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى في ثلاثة

أرباع قيمته بين المولبين نصفين، وقال محمد قياس قول أبي حنيفة أن يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفين.

وجه قول أبي يوسف: أن نصف أحد العبد غير عين قد عتق بيقين، لأن فلاناً لا يخلو من أن يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حراً بيقين وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما في ثلاثة أرباع قيمته للتخريج إلى العتق كما في المسألة المتقدمة إلا أن هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى في النصف الباقي، وههنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين المولبين فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما في الباقي وذلك ثلاثة أرباع قيمته.

وجه قياس قول أبي حنيفة: أن المقضي له وعليه مجهولان ولا سبيل إلى القضاء بالحرية مع جهالتهما فيسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بخلاف المسألة المتقدمة لأن ثمة المقضي له غير مجهول، ومن هذا النوع ما ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف في عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وأنه هو أعتقه اليوم وقال شريكه:لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم فاضمن لي نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذي زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة، لأن قوله:أنا أعتقتُهُ اليوم ليس بإعتاق بل هو إقرار بالعتق وأنه حصل بعد إقراره على شريكه بالعتق فلم يصح، وكذا لو قال: أنا أعتقه أمس وأعتقه صاحبي منذ سنة، وإن/ لم يقر [أ/ ١٨٠/ج] بإعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة أنه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه لظهور الإعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الإعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره بإقراره، والله عز وجل الموفق.

فصل: وأما بيانُ حكم الإعتاق وبيان وقتِ ثبوت حكمه:فللإعتاق أحكام بعضها أصلي، وبعضها من التوابع، أما الحكم الأصلي للإعتاق فهو ثبوت العتق، لأن الإعتاق إثبات العتق والعتق في اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر إذ قوي فطار عن وكره، وفي عرف الشرع:اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه، ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة، يقال ثوب رقيق أي ضعيف، وفي متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمي الذي يصير به الأدمي محلاً للتملك، وعلى عبارة التحرير الحكم الأصلي للتحرير هو ثبوت الحرية، لأن التحرير هو إثبات الحرية وهي الخلوص يقال طين حر أي خالص وأرض حرة إذا لم يكن عليها خراج، وفي عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق، وهذا الحكم يعم جميع أنواع الإعتاق غير أنه إن كان تنجيزاً ثبت هذا الحكم للحال وإن كان تعليقاً بشرط أو إضافة إلى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك في جميع الأحكام إلا في التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا، وكذا الاستيلاد ثم هذا الحكم قد يثبت في جميع ما أضيف إليه وقد يثبت في بعض ما أضيف إليه وجملة الكلام فيه أن الاعتاق لا يخلو: إما أن كان في الصحة؛ وإما أن كان في المرض، فإن كان في الصحة عتق كله سواء كان له مال آخر أو لم يكن، وسواء كان عليه دين أو لم يكن، لأن حق الورثة أو الغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة فالإعتاق صادف خالص ملكه لا حق لأحد فيه فنفذ، وإن كان في المرض فإن كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال يعتق كله، لأن الثلث خالص حقه لا حق للورثة فيه وإنما تعلق حقهم في الثلثين، والأصل فيه ما روي عن

رسول الله ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعالى تصدقَ عَليكمْ بثلثِ أموالِكُمْ في آخر أعمَارِكُمْ زيادةً على أعمَالِكُمْ»(١) وإن كان لا يخرج كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك، لأن المانع حق الورثة فإذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله، وإن لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة، وإن لم يكن له مال سوى العبد، فإن أجازت الورثة عتق كله لما قلنا، وإن لم يجيزوا يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لما قلنا.

والدليل عليه أيضاً ما روي في حديث أبي قلابة: «أن رجلاً أعتق عبداً له عِنْدَ مَوتِهِ وَلا مَالَ لَهُ غيره فأجاز النَّبي ﷺ ثُلُثَهُ واستسعاهُ في ثُلُثَي قيمَتِهِ»(٢) فدل الحديث على جواز الإعتاق في مرض الموت حيث أجاز النبي ﷺ ذلك على أن الإعتاق في مرض الموت وصية حيث اعتبره من الثلث، وعلى بطلان قول من يقول: لا سعاية في الشريعة حيث استسعى العبد.

هذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين، فإن كان مستغرقاً لقيمته ولا مال له سوى العبد أو له مال آخر لكن الدين مستغرق لماله فأعتق يسعى في جميع قيمته للغريم رداً للوصية، لأن الدين مقدم على الوصية إلا أن العتق لا يحتمل النقض فتجب السعاية.

وروي عن أبي الأعرج «أَنَّ رجلاً أعتَقَ عبداً لَهُ عِنْدَ الموتِ وعَلَيه دَيْنٌ فقال النبيُّ ﷺ يَسعى فِي الدَّينِ»(٣) وهكذا روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، وإن كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بأن كان الدين ألف درهم وقيمة العبد ألفان يسعى في نصف قيمته للغريم رداً للوصية في قدر الدين ثم نصفه الثاني عتق بطريق الوصية، فإن أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثاني وإن لم تجز يعتق ثلث النصف الثاني مجاناً بغير شيء وهو سدس الكل ويسعى في ثلثي النصف.

فالحاصل: أنه يعتق سدسه مجاناً بغير شيء ويسعى في خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان للورثة، ولو كان له عبدان فأعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التي ذكرنا أنه إن كان له مال سواهما وهما يخرجان من الثلث عتقا جميعاً بغير شيء لما ذكرنا، وإن لم يخرجا من الثلث وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا، وإن لم يجيزوا الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة، وإن لم يكن له مال سواهما، فإن أجازت الورثة عتقا جميعاً بغير شيء، وإن لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه/ مجاناً ويسعى في الثلثين للورثة فيجعل كل رقبة على ثلاثة أسهم لحاجتنا إلى الثلث فيصير جملة المال [ب/١٨٠/ج]

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث (٢٧٠٩) عن أبي هريرة.
والدارقطني (٤/ ١٥٠) كتاب الوصايا عن معاذ بن جبل.
وأحمد في «المسند» (٦/ ٤٤١) عن أبي الدرداء.
وفي «الزوائد» في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد (في طريق لأبي هريرة).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٨٣) وقال هو مرسل ولو كان موصولاً كان عن رجل لم يسم لا يعرف ولم يثبت حديثه قال في «الجوهر النقي» (٢٠/ ٢٨٣) قلت كذا في نسختنا من «السنن» فإن كان الكاتب لم يسقط شيئاً فالظاهر أن هذا الرجل صحابي وقد مر غير مرة أن الصحابة لا تضرهم الجهالة فالحديث مرفوع متصل. وذكر المزي في «تحفة الأشراف» أن أبا داود أخرجه في «مراسيله».

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٨٣).

وهو العبدان على ستة أسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية للعبدين سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان، فإن مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفياً لوصيته متلفاً لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقي فيجمع نصيب الورثة وذلك أربعة أسهم ونصيب العبد الحي وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحى خمسة ويسعى في أربعة أخماسه فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحي سهم والميت قد استوفى سهماً فحصل للورثة أربعة أسهم وللوصية سهمان فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته فيصير كل واحد على ثلاثة أسهم فتصير العبيد على تسعة أسهم: ستة أسهم للورثة وثلاثة أسهم للعبيد فإن مات أحدهم قبل السعاية صار متلفاً لما عليه من السعاية مستوفياً لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم ونصيب العبدين سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربعه ويسعى في ثلاثة أرباعه فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبدين سهمان والميت استوفى سهماً فاستقام الثلث والثلثان.

فإن مات اثنان يجمع نصيب الورثة ستة وللحي سهم فيكون سبعة فيعتق من الحي سبعة ويسعى في ستة أسباع قيمته فيحصل للورثة ستة وللحي سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان هذا كله إذا لم يكن على الميت دين فإن كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد في قيمته للغرماء رداً للوصية، لأن العتق في مرض الموت وصية ولا وصية إلا بعد قضاء الدين وإن كان الدين غير مستغرق بأن كان ألفاً وقيمة كل واحد منهما ألف يسعى كل واحد في نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية، فإن أجازت الورثة عتق النصف الباقي من كل واحد، وإن لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقي مجاناً وهو السدس ويسعى في ثلثي النصف ففي الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجاناً ويسعى في خمسة أسداسه والله عز وجل أعلم.

ثم المريض إذا أعتق عبده ولا مال له غيره فأمر العبد في الحال في أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف، فإن برأ تبين أنه صار حراً من حين أعتق وإن مات فهو بمنزلة المكاتب في قول أبي حنيفة، لأن الإعتاق يتجزأ عنده، وعندهما هو حر وعليه دين. لأن الإعتاق لا يتجزأ.

وأما الذي هو من التوابع فنحو المالكية والولاية والشهادة والإرث وغير ذلك لكن هذه ليست من الأحكام الأصلية للإعتاق بل هي من التوابع والثمرات تثبت في بعض أنواعه دون بعض كالإعتاق المضاف إلى الصبي والمجنون ونحو ذلك ومن هذا القبول الإعتاق المضاف إلى المجهول، وجملة الكلام فيه أن جهالة المعتق إما أن كانت أصلية، وإما أن كانت طارئة، فإن كانت أصلية وهي أن تكون الصيغة من الابتداء مضافة إلى أحد المذكورين غير عين فيجهل المضاف إليه لمزاحمة صاحبه إياه في الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلو إما أن يكون محتملاً للإعتاق أو لا يكون محتملاً له، والمحتمل لا يخلو من أن يكون ممن ينفذ إعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ، فإن كان محتملاً للإعتاق وهو ممن ينفذ إعتاقه فيه نحو أن يقول لعبديه أحدكما حر أو يقول هذا حر أو هذا أو يقول سالم حر أو بريع لا ينوي أحدهما بعينه فالكلام في هذا الفصل في موضعين:

أحدهما: في بيان كيفية هذا التصرف.

والثاني: في بيان الأحكام المتعلقة به، أما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم، وأما الكلام في الأحكام المتعلقة به في الأصل فنوعان: نوع يتعلق به حال حياة المولى، ونوع يتعلق به بعد وفاته.

أما الأول فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى: إن للمولى أن يستخدمهما قبل الاختيار، وهذا يدل على أن العتق غير نازل في أحدهما، لأنه لا سبيل إلى استخدام الحر من غير رضاه وله أن يستعملهما ويستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولى، وهذا أيضاً يدل على ما قلنا.

ولو جنى عليهما قبل الاختيار فالجناية لا تخلو إما أن كانت من المولى وإما أن كانت من الأجنبي ولا تخلو إما أن كانت على النفس أو على ما دون النفس فإن كانت الجناية/ [أ/١٨١/ج] من المولى، فإن كانت على ما دون النفس بأن قطع يد العبدين فلا شيء عليه، وهذا أيضاً يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما في حكم المملوكين قبل الاختيار، وسواء قطعهما معاً أو على التعاقب، لأن القطع لا يبطل الخيار، ولا يكون ثابتاً بخلاف القتل لما نذكر.

وإن كانت جناية على النفس بأن قتلهما، فإن قتلهما على التعاقب فالأول عبد، والثاني حر، لأنه لما أقدم على قتل الأول فقد تعين الثاني للعتق، فإذا قتله فقد قتل حراً فعليه الدية، وتكون لورثته، لأن الدية تصير ميراثاً للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شيء لأنه قاتل، والقاتل لا يرث، وإن قتلهما معاً بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته، لأن المضمون على المولى أحدهما وهو الحر منهما وليس أحدهما بأولى من الآخر؛ فشاعت حرية واحدة فيهما. وهذا يؤيد القول بنزول العتق في غير العين.

وإن كانت الجناية من الأجنبي، فإن كانت فيما دون النفس بأن قطع إنسان يد العبدين فعليه أرش العبيد، وذلك نصف قيمة كل واحد منهما لكن يكون أرشهما للمولى سواء قطعهما معاً أو على التعاقب، لأن القطع لا يبطل خيار المولى، وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق إذ لو نزل لكان الواجب أرش يد عبد وحر، وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر.

وإن كانت في النفس فالقاتل لا يخلو إما أن كان واحداً، وإما أن كان اثنين: فإن كان واحداً فإن قتلهما معاً فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما، نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذاك، ويكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما، نصف دية هذا ونصف دية ذاك، وتكون لورثتهما، وهذا دليل على أن العتق نازل في غير العين، إذ لو لم يكن لكان الواجب في قتلهما معاً قيمة عبدين، ومع ذلك لم يجب بل وجب دية حر وقيمة عبد، لأن أحدهما حر وقد قتل حراً وعبداً؛ والواجب بقتل الحر الدية وبقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى، وإنما انقسم لأن كل واحد منهما تجب ديته في حال، وقيمته في حال لاحتمال أنه حر وعبد، فينقسم ذلك على اعتبار الأحوال كما هو أصل أصحابنا.

وإن قتلهما على التعاقب يجب على القاتل قيمة الأول للمولى، ودية الثاني للورثة، لأن قتل الأول يوجب تعين الثاني للعتق، فيتعين الأول للمولى وقد قتل حراً وعبداً خطأ.

وإن كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلاً فإن وقع قتل كل واحد منهما معاً، فعلى كل واحد من

القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى، وإيجاب القيمتين يوجب قيمة ودية على قول من يقول إن العتق غير نازل ظاهراً لأن كل واحد منهما قتل عبداً خطأ وأنه يوجب القيمة.

وأما على قول من يقول بنزول العتق فإنما لم تجب الدية، لأن من تجب الدية عليه منهما مجهول إذ لا يعلم من الذي تجب عليه منهما فلا يمكن إيجاب الدية مع الشك والقيمة متيقنة فتجب، بخلاف ما إذا كان القاتل واحداً، لأن هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه، وإنما الجهالة فيمن له.

وأما انقسام القيمتين فلأن المستحق لأحد البدلين هو المولى، والمستحق للبدل الآخر هو الوارث، وكل واحد منهما يستحق في حال ولا يستحق في حال فوجوب القيمتين حجة أحد القولين وانقسامهما حجة القول الآخر.

وإن وقع قتل كل واحد منهما على التعاقب فعلى قاتل الأول القيمة للمولى؛ وعلى قاتل الثاني الدية للورثة، لأن أحدهما قتل عبداً والآخر قتل حراً، لأن قتل الأول أوجب تعين الثاني للحرية والأول للرق، ولو كان المملوكان أمتين فولدت كل واحدة منهما ولداً أو ولدت إحداهما ولداً فاختار المولى عتق إحداهما عتقت هي وعتق ولدها، سواء كان للأخرى ولد أو لم يكن، أما على قول التخيير فظاهر لأن العتق كان نازلاً في غير العين منهما، والبيان تعيين لمن وقع عليه فعتقت المعينة وعتق ولدها تبعاً لها.

وأما على قول التعليق فلأن العتق إن لم ينزل فقد انعقد سبب النزول في إحداهما فيسري إلى ولدها كالاستيلاد والكتابة. ولو ماتت الأمتان معاً قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولداً خير المولى فيختار عتق أي الولدين شاء لأنهما لما ماتتا معاً لم تتعين إحداهما للحرية، فحدث الولدان على وصف الأم فيخير المولى فيهما كما كان يخير في الأم. فإن مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الأمتين لا يلتفت إلى ذلك ويخير المولى لأنه لم يتعلق بموته تعيين، إذ الحرية إنما تتعين فيه بتعينها في أمه، وحكم التعيين في الأم قائم لأن تعيينها ممكن فيخير المولى فيهما/ فأيهما اختار عتقها فعتقت عتق ولدها، ولو قتل الأمتين معاً [ب/١٨١/ج] رجل خير المولى في الولدين لما قلنا في الموت، وأيهما اختار عتقه فعتق لا يرث من أرش أمه شيئاً لأنه إنما عتق باختيار العتق فيه، وذلك يتأخر عن الموت فلا يرث شيئاً بل يكون الكل للمولى، وهذا نص مذهب التعليق، لأن العتق لو كان نازلاً في إحداهما لحدوثهما على وصف الأم لكان الاختيار تعييناً لمن وقع عليه العتق فكان عتقه متقدماً على موت الأم فينبغي أن يرث، والله عز وجل أعلم.

ولو وطئت الأمتان بشبهة قبل اختيار المولى يجب عقر أمتين ويكون للمولى كالأرش، وهذا يؤيد قول التعليق إذ لو كان تنجيزاً لكان الواجب عقر حرة وأمة ولكان نصف ذلك للأمتين والنصف للمولى، ولما كان كسبهما له والأرش فالعقر أولى لأنهما لا يملكان بدون ملك الأصل، وقد يملك الكسب بدون ملك الأصل كالغاصب، فلما كان الكسب له فالأرش والعقر أولى، ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسداً، أما على قول التنجيز فظاهر، لأن العتق إذا نزل في غير العين منهما صار جامعاً بين حر وعبد في البيع من غير بيان حصة كل واحد منهما لأنه غير جائز بالإجماع.

وأما على قول التعليق: فلأن حق الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لأحدهما فيمنع جواز البيع،

كما لو جمع بين قن ومدبر في البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن.

ولو أنه باعهما صفقة واحدة وسلمهما إلى المشتري فأعتقهما المشتري فيقال للبائع اختر العتق في أحدهما وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشتري، لأن المشتري لما قبضهما بعقد فاسد فقد ملك أحدهما ونفذ إعتاقه فيه، فإذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد فينفذ فيه إعتاق المشتري، وإنما بدىء بتخيير البائع لأن التمليك منه حصل في مجهول، فما لم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك الفاسد. فإن مات البائع قبل البيان قامت الورثة مقامه ويقال لهم بينوا، فإن بينوا في أحدهما عتق الآخر على المشتري، ولا يقال ينبغي أن ينقسم العتق بموت المولى، كما إذا مات قبل البيع لأن شرط الانقسام أن لا يزول الملك عن أحدهما لاستحالة انقسام الحرية على الحر، والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الانقسام وبقي الخيار فقام الوارث مقام المورث.

فإن قيل: الخيار عندكم لا يورث فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض؟.

فالجواب: أن هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الإرث، بل لأنهم استحقوا قيمة أحد العبدين فكان لهم التعيين كما كان البائع، وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبديه على أنه بالخيار وقبضهما المشتري فماتا في يده ثم مات البائع أن لورثة البائع الاختيار ابتداءً لا بطريق الإرث، كذا هذا فإن لم يعتق المشتري حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضي البيع، فإذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه، وإنما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك في أحدهما، والملك قد زال عن أحد العبدين فتعذر التقسيم والتوزيع، إلا أن البيع الفاسد واجب الفسخ حقاً للشرع رفعاً للفساد، وفسخه بفعل القاضي أو بتراضي المتعاقدين، فإذا فسخ عاد إلى ملك البائع وشاع العتق فيهما، وعتق من كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما يخير فيختار العتق في أيهما شاء، وتجوز الهبة والصدقة والإمهار في الآخر، لأن حرية أحدهما أو حق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية في أحدهما على اختلاف الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات، ألا ترى أنه لو جمع في الهبة أو في الصدقة أو في النكاح بين حر وعبد يصح في العبد.

وكذا إذا جمع فيها بين مدبر وقن يصح في القن، وهذا لأن الجمع بين الحر والعبد في البيع إنما يوجب فساد البيع لأنه إذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع في كل واحد منهما شرطاً لصحة قبوله في الآخر وأنه شرط فاسد، وهذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة.

فإن قيل: إذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة فقد زال الملك عن أحدهما فكيف يخير المولى، فالجواب:أنا لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار، فإذا تعين أحدهما للعتق باختياره العتق يزول الملك عن أحدهما.

[أ/١٨٢/ج] وإن مات المولى قبل أن يبين العتق/ في أحدهما بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل أمهارها، لأنه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشياع فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير.

ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يختار عتق أحدهما ويكون الآخر لأهل الحرب، لأن أهل الحرب لم يملكوهما بالأسر، لأن أحدهما حراً وحق الحرية لأحدهما ثابت، وكل ذلك يمنع من التملك بالأسر، ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالأسر كما لا يملكون الحر، وإذا لم يملكا بالأسر بقيا على ملك المولى وله خيار العتق، فإذا اختار أحدهما بقي الآخر عبداً فيملكه أهل الحرب فإن لم يختر المولى حتى مات بطل ملك أهل الحرب بينهما، لأنه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك.

ولو أسر أهل الحرب أحدهما لم يملكوه، لأن أحدهما حراً وثبت له حق الحرية، وكل ذلك يمنع من التملك بخلاف ما إذا باع أحدهما، لأن بيعه إياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح، ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجر فللمولى أن يختار عتق أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن لأن الخيار كان ثابتاً للمولى قبل البيع، فإذا باعوا فقد ثبت للمشتري ما كان ثابتاً قبل خيار العمل، فإذا اختار عتق أحدهما صح ملك أهل الحرب والمشتري منهم في الآخر فيأخذه بحصته من الثمن، فإن اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء لما ذكرنا أن ولاية الاختيار قائمة للمولى، فإن أخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عتق الآخر، لأن أخذه إياه إعادة له إلى قديم ملكه فيتعين الآخر للعتق كأنه أعتقه.

ولو قال في صحته لعبديه: أحدكما حر ثم مرض مرض الموت فاختار عتق أحدهما يعتق من جميع المال، وإن كانت قيمته أكثر من الثلث بأن كانت قيمة أحدهما ألفاً وقيمة الآخر ألفين فبين العتق في الذي قيمته ألفان وهذا يدل على أن إضافة العتق إلى المجهول إيقاع وتنجيز إذ لو كان تعليقاً واقتصر العتق على حالة المرض ينبغي أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق في المرض والله عز وجل الموفق، وللعبدين حق مخاصمة المولى فلهما أن يرفعانه إلى القاضي ويستعديا عليه وإذا استعديا عليه أعداهما القاضي وأمره القاضي بالبيان أعني اختيار أحدهما وجبره عليه بالحبس لو امتنع.

أما على مذهب التنجيز فلأن العتق نازل في أحد منهما غير عين وكل واحد منهما يجوز أن يكون هو الحر والحرية حقه أو له فيها حق.

وأما على مذهب التعليق فلأن الحرية إن لم تثبت في أحدهما فقد يثبت حق الحرية أعني انعقد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية أصلاً، وهذا حقه وله فيه حق، والبيان طريق استيفاء هذا الحق، فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان.

وإنما كان البيان إلى المولى لأن الإجمال منه فكان البيان إليه كما في بيان المجمل والمشترك في النصوص، وكمن أقر بشيء مجهول أو باع قفيزاً من صبرة كان البيان إليه، كذا هذا.

ثم البيان أنواع ثلاثة: نص، ودلالة، وضرورة، أما النص فنحو أن يقول المولى لأحدهما عيناً: إياك عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذي ذكرت أو اخترت أن تكون حراً باللفظ الذي قلت أو أنت حر بذلك اللفظ الذي قلت أو بذلك الإعتاق أو أعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الألفاظ، فلو قال أنت حر أو أعتقتك بالعتق السابق، فإن أراد به عتقاً مستأنفاً عتقا جميعاً، هذا بالإعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق،

لأن إنشاء العتق في أحدهما قبل الاختيار اختيار العتق في الآخر دلالة لما نذكر إن شاء الله تعالى.

وإن قال: عنيت به الذي لزمني بقولي أحدكما حر يصدق في القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أي اخترت عتقك.

وأما الدلالة فهي أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بإنشاء العتق أو يرهن أحدهما أو يؤاجر أو يكاتب أو يدبر أو يستولد إن كانت أمة، لأن الأصل إن من خير بين أمرين ففعل ما يستدل به على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختياراً منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص، كأنه قال اخترت.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قالَ لبريرة إنْ وَطِئكِ زَوجك فلا خيارَ لَكِ»[1] لما أن تمكينها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصار هذا أصلاً في الباب.

وهذه التصرفات كلها في أحدهما دليل اختيار العتق في الآخر، لأن منها ما ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه، وهي التصرفات/ المزيلة للملك، ومنها ما لا ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه [ب/١٨٢/ج] لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله، وهو الرهن والإجارة والكتابة والتدبير والاستيلاد، والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطلان فكان إقدامه على كلا النوعين من التصرفات في أحدهما دليلاً على اختياره العتق المبهم في الآخر، واختياره العتق المبهم في أحدهما عيناً شرط لنزول العتق فيه بالكلام السابق.

وهذا التخريج على قول من يقول:إن العتق غير نازل في العين فيهما، فأما على قول من يقول بنزول العتق في أحدهما غير عين فهو أن هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك، فالإقدام عليها يكون اختياراً للملك في المتصرف فيه فتعين الآخر فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصاً ودلالة، كما إذا مات أحدهما قبل الاختيار أو قتل، وسواء كان البيع بتاً أو فيه خيار للبائع أو للمشتري. أما على مذهب التنجيز فلأنه لا صحة للبيع إلا بالملك فكان إقدامه على بيع أحدهما اختياراً إياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة. وأما على مذهب التعليق، أما خيار المشتري فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافي اختيار العتق المبهم فيه، وأما اختيار البائع فلأن اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار.

وسواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً إذا قبض المشتري لأنه وقع مزيلاً للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة.

وأما إذا لم يقبض فقد ذكر في **الأصل** إذا باع أحدهما بيعاً فاسداً وقبض المشتري عتق الباقي، ولم يذكر أنه إذا لم يقبض ماذا حكمه.

وهكذا ذكر محمد في «**الإملاء**» إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض.

وذكر الجصاص: أن القبض ليس بشرط، ويتعين العتق في الآخر سواء قبض المشتري أو لم يقبض،

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار برقم (٢٢٣٦) وقد تقدم.

وهكذا ذكر القدوري وقال: قد ظهر القول من أصحابنا أنه إذا ساوم بأحد العبدين وقع العتق في الآخر.

وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لو أوصى بأحدهما أو ساوم عتق الآخر؛ ومعلوم أن المساومة دون البيع الفاسد، فالسوم لما كان بياناً فالبيع أولى.

وبه تبين أن ذكر القبض في الأصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقاً أو إشعاراً أنه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك. ولو علق عتق أحدهما عيناً بشرط بأن قال له: إن دخلت الدار فأنت حر، عتق الآخر، أما على مذهب التنجيز فلأن التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصح إلا في الملك فكان الإقدام على تعليق عتقه اختياراً للملك فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة كما لو نجز العتق في أحدهما.

وأما على مذهب التعليق فلأن اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو دبر أحدهما.

وذكر ابن سماعة عن محمد أنه إذا قال لأحدهما: إن دخلت الدار فأنت حر ثم قال: أحدكما حر ثم دخل الذي علق عتقه بدخول الدار حتى عتق عتق الآخر لأن ملك المولى زال عن أحدهما لسبب من جهته فصار كما لو أعتقه ابتداءً أو باعه، ولو كان المملوكان أختين فوطىء المولى إحداهما فإن علقت منه عتقت الأخرى بالإجماع لأنها صارت أم ولد له وقد ذكرنا أن الاستيلاد يكون معيناً للعتق في الأخرى وإن لم تعلق لا تعتق الأخرى في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد تعتق.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: وكذلك لو قبل إحداهما بشهوة أو لمس بشهوة أو نظر إلى فرجها عن شهوة، ولو استخدم إحداهما لا تعتق الأخرى في قولهم جميعاً، لأن الاستخدام تصرف لا يختص بالملك إذ قد يستخدم الحرة.

وجه قولهما: أن الظاهر من حال العاقل المتدين الإقدام على الوطء الحلال لا الحرام وحل الوطء لا يثبت إلا بأحد نوعي الملك ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين للحل، وإذا تعينت الموطوءة للملك تعينت الأخرى للعتق، ولأن الوطء لو لم يجعل بياناً، فمن الجائز أن يقع اختياره على الموطوءة فيتبين أنه وطىء حرة من غير نكاح فيجعل الوطء بياناً ضرورة التحرج عن الحرام حالاً ومآلاً حتى لو قال إحداكما مدبرة ثم وطىء إحداهما لا يكون بياناً بالإجماع، لأن التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة إلى التحرز بالبيان، ولهذا جعل الوطء بياناً في الطلاق المبهم حتى لو قال لامرأتيه إحداكما طالق فوطىء إحداهما طلقت/ الأخرى كذا ههنا. [أ/ ١٨٣/ج]

ولأبي حنيفة: أن كون الوطء بياناً للعتق في غير الموطوأة يستدعي نزول العتق ليكون العتق تعييناً للمعتقة منهما والعتق بالكلام السابق غير نازل لما بينا من الدلائل، وهكذا نقول في الطلاق المبهم إنه غير واقع في غير المعين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار إلا أن هناك جعل الوطء دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا، لأن الوطء في باب النكاح مستحق على الزوج شرعاً لقوله عز وجل: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1] قيل في التفسير إن الإمساك بالمعروف هو الوطء والنفقة وإذا كان الوطء مستحقاً بالنكاح عند

---

[1] سورة البقرة، الآية: (٢٢٩).

فيلزمه إيفاء المستحق شرعاً ضرورة اختيار الإمساك فإذا قصد وطء إحداهما صار مختاراً لإمساكها فيلزمه إيفاء المستحق شرعاً ضرورة اختيار الإمساك فيصير مختاراً طلاق الأخرى والوطء في الأمة غير مستحق بحال فلا يكون وطء إحداهما اختياراً للعتق في الأخرى لو صار مختاراً للإمساك إنما يصير ليقع وطؤه حلالاً تحرجاً عن الحرمة ووطؤه إياهما جميعاً حلال وباختيار إحداهما لا يظهر أن وطء الموطوأة كان حراماً، لأن العتق ثبت حال الاختيار مقصوراً عليها.

وأما الضرورة فنحو أن يموت أحد العبدين قبل الاختيار فيعتق الآخر، لأنه بالموت خرج من أن يكون محلاً لاختيار العتق المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لا نصاً ولا دلالة، وهذا يدل على أن العتق غير نازل إذ لو كان نازلاً لما تعين الآخر للعتق، لأن التعيين للضرورة وهي ضرورة عدم المحل ولا ضرورة، لأن الميت كان محلاً للبيان إذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق بالإيجاب السابق وقت وجوده وكان حياً في ذلك الوقت، وهذا بخلاف ما إذا باع أحد عبديه على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فمات أحدهما أن ملك المشتري يتعين في الميت منهما ولا يتعين في الحي، لأن هناك وجد المسقط للخيار في الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة فحدوث العيب فيه يبطل خيار المشتري فيه فيتعين بالبيع فيتعين الحي للرد.

وههنا حدوث العيب في أحدهما لا يوجب تعيينه للملك قبل الموت فيتعين للموت فيتعين الآخر للعتق ضرورة بخلاف ما إذا قال: أحد هذين ابني أو أحد هاتين أم ولدي فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاد، كذا روى ابن سماعة عن محمد لأن قوله أحد هاتين أم ولدي أو أحد هذين ابني ليس بإنشاء بل هو إخبار عن أمر سابق والإخبار يصح في الحي والميت فيقف على بيانه.

وقوله: أحدكما حر أو أحد هذين حر إنشاء للحرية في أحدهما والإنشاء لا يصح إلا في الحي، فإذا مات أحدهما تعين الآخر للحرية، وكذا إذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجنبي لما قلنا غير أن القتل إن كان من المولى فلا شيء عليه، وإن كان من الأجنبي فعليه قيمة العبد المقتول للمولى.

فإن اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحي ولكن قيمة المقتول تكون لورثته، لأن المولى قد أقر بحريته فلا يستحق شيئاً من قيمته فإن قطعت يد أحدهما لا يعتق الآخر سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي، لأن القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل، فإن قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق، فإن بينه في غير المجني عليه فالأرش للمولى بلا شك، وإن بينه في المجني عليه، ذكر القدوري في شرحه أن الأرش للمولى أيضاً ولا شيء للمجني عليه من الأرش.

وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» أن الأرش يكون للمجني عليه، وهكذا ذكر القاضي فيما إذا قطع المولى ثم بين العتق أنه إن بينه في المجني عليه يجب عليه أرش الأحرار ويكون للعبد، وعلل بأنه أقر على نفسه بأنه جنى على حر وإن بينه في غير المجني عليه فلا شيء على المولى ولم يذكر القدوري هذا الفصل وإنما ذكر فصل الأجنبي.

وما ذكره القاضي قياس مذهب التنجيز، لأن البيان يكون تعييناً لمن وقع عليه العتق فيتبين أنه كان حراً

وقت ورود الجناية عليه فيوجب أرش الأحرار على المولى للعبد.

وما ذكره القدوري قياس مذهب التعليق، لأن العتق ثبت وقت الاختيار مقصوراً عليه فلا يظهر، لأن الجناية صادفت يد حر والله عز وجل أعلم.

ولو قال: عبدي حر وليس له إلا عبد واحد عتق، لأنه تعين بالإيجاب فانصرف إليه، فإن قال لي عبد آخر عنيته لم يصدق في القضاء لأنه إذا لم يعرف له عبد آخر انصرف إيجابه إلى هذا العبد ظاهراً فلا يصدق في العدول عن الظاهر إلا ببينة تقوم على أن له عبداً آخر ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولو قال أحد عبيدي حر أو أحد عبدي حر وليس له إلا عبد واحد عتق، لأن لفظة أحد لا تقتضي آحاداً.

ألا ترى أن الله تعالى موصوف بأنه أحد، قال سبحانه وتعالى: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾[1] ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره في الأزل.

وروى بشر عن أبي يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر قال ذلك ثلاثاً/ عتقوا، لأن أحدهم عتق باللفظ الأول لأنه أحد عبيده وعتق الآخر باللفظ الثاني لهذا [ب/١٨٣/ج] المعنى وقد بقي له عبدان فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث، وإن لم يبق إلا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد عبيدي حر وليس له إلا عبد واحد.

ولو قال: أحدكم حر أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق إلا واحد لأن أحدهم عتق باللفظ الأول، ثم باللفظ الثاني جمع بين حر وعبدين، فقال أحدكم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضاً لأنه يحمل على الإخبار وهو صادق فيما أخبر.

ولو قال لعبده: أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان، فإن قال عنيت به الحرية عتق وإن قال عنيت به التدبير صار مدبراً وهذا ظاهر، فإن مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالإعتاق البات ونصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه إلا أن نصفه يعتق مجاناً من جميع المال، لأنه يعتق بالإعتاق البات في حالة الصحة ونصفه يعتق من الثلث، لأنه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير في المرض أو في الصحة إن خرج من الثلث عتق كل النصف وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجاناً لأن هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة ويسعى في ثلثي النصف وهو ثلث الكل.

ولو كانا عبدين فقال: أحدكما حُرّ أو مدبر يؤمر بالبيان، فإن مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول في الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع إلا أن الربع من كل واحد منهما يعتق مجاناً من جميع المال لحصوله بالإعتاق البات في حالة الصحة والربع يعتق من أصوله بالتدبير ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته على كل حال.

ولو قال: أنتما حران أو مدبران، والمسألة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالإعتاق البات ونصف

(١) سورة الإخلاص، الآية: (١).

كل واحد منهما بالتدبير، وهذا كله إذا كان القول في الصحة، فإن كان في المرض يعتبر ذلك من الثلث.

ولو كان لرجل ثلاثة أعبد فقال هذا حر أو هذا وهذا عتق الثالث، ويؤمر بالبيان في الأولين، ولو قال هذا حر وهذا أو هذا عتق الأول ويؤمر بالبيان في الآخرين، وكذلك هذا في الطلاق.

ووجه الفرق: أن كلمة أو في الفصل الأول دخلت بين الأول والثاني فأوجبت حرية أحدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان فصار كأنه قال أحدكما حر وهذا، وفي الفصل الثاني أوجب الحرية للأول عيناً ثم أدخل كلمة «أو» في الثاني والثالث فأوجبت حرية أحدهما غير عين فعتق الأول، ويؤمر بالبيان في الثاني والثالث، وهذا بخلاف ما إذا قال إن كلمت هذا أو هذا وهذا فعبدي حر أنه إن كلم الأول وحده حنث، وإن كلم الثاني أو الثالث وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعاً.

ولو قال: إن كلمت هذا وهذا أو هذا فعبدي حر، فإن كلم الثالث وحده حنث، وإن كلم الأول أو الثاني وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعاً، لأن في الفصل الأول جعل شرط الحنث كلام الأول وحده أو كلام الثاني والثالث جميعاً لأنه جعل الثالث معطوفاً على الثاني بحرف العطف فقد أدخل كلمة «أو» بين الأول وحده وبين الثاني والثالث جميعاً.

وأما في الفصل الثاني فقد جعل شرط الحنث كلام الأول والثاني جميعاً أو كلام الثالث وحده، لأنه عطف الثاني على الأول بحرف العطف وأدخل كلمة «أو» بين الأول والثاني جميعاً، والثالث وحده والله عز وجل أعلم.

ولو اختلط حرّ بعبد كرجل له عبد فاختلط بحرّ، ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدي كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر، فإن حلف لأحدهما ونكل للآخر فالذي نكل له حر دون الآخر وإن نكل لهما فهما حُرّان.

وإن حلف لهما فقد اختلط الأمر فالقاضي يقضي بالاختلاط ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شيء ونصفه بنصف القيمة، وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته كذا ذكره الكرخي.

وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه، فإن بين فهو على ما بين، فإن لم يبين وقال لا أدري أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجاناً ونصفه بنصف القيمة كذلك ههنا.

وأما النوع الثاني وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو أن المولى إذا قال لعبديه: أحدكما حر لا ينوي أحدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار عتق من كل واحد منهما نصفه، لأنه وقع اليأس عن البيان/ [١٨٤/أ/ج] والاختيار إذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فيهما إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجاناً ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وفصل الشيوع دليل نزول العتق في أحدهما إذ الثابت تشييع والموت ليس بإعتاق علم أن الكلام السابق وقع تنجيزاً للعتق في أحدهما ثم فرق بين هذا الخيار وبين خيار التعيين في باب البيع، لأنه الوارث هناك يقوم مقام الموت في البيان وههنا لا.

ووجه الفرق: أن هناك ملك المشتري أحد العبدين مجهولاً إذ كل واحد منهما محل للملك، فإذا مات بالوارث ورث منه عبداً مجهولاً فمتى جرى الإرث ثبت ولاية التعيين، أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك يمنع جريان الإرث في أحدهما فيمنع ولاية التعيين، هذا إذا كان المزاحم له محتملاً للعتق وهو ممن ينفذ إعتاقه فيه، فأما إذا كان ممن لا ينفذ إعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره فقال: أحدكما حُرّ لا يعتق عبده إلا بالنية، لأن قوله: أحدكما يحتمل كل واحد منهما لأن عبد الغير قابل للعتق في نفسه، ومحتمل لنفوذ الإعتاق فيه في الجملة فلا ينصرف إلى عبد نفسه إلا بالنية، وإن كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلاً كما إذا جمع بين عبده وبين بهيمة أو حائط أو حجر فقال أحدكما حر أو قال عبدي حر أو هذا وهذا فإن عبده يعتق في قول أبي حنيفة نوى أو لم ينو، وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق إلا بالنية، وكذا إذا جمع بين عبده وبين ميت وقد ذكرنا الكلام في هذه الجملة في كتاب الطلاق.

وعلى هذا إذا جمع بين عبده وبين حر فقال أحدكما حر أنه لا يعتق عبده إلا بالنية لأن صيغته صيغة الخبر فيحمل على الإخبار هو صادق في إخباره مع ما في الحمل عليه تصحيح تصرفه وأنه أصل عند الإمكان فيحمل عليه إلا إذا نوى فيحمل على الإنشاء بقرينة النية والحر لا يحتمل إنشاء الحرية فينصرف إلى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال أحدكما حر لا يصير عبده مدبراً إلا بالنية ويحمل على الإخبار كما في الجمع بين الحر والعبد.

ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبراً ويؤمر بالبيان، لأن قوله اثنان منكم يصرف أحدهما إلى المدبر ويكون إخباراً عن تدبيره إذ الصيغة للخبر في الوضع وهو صادق في هذا الإخبار والآخر يصرف إلى أحد العبدين فيكون إنشاءً للتدبير في أحدهما إذ لا يمكن حمله على الخبر لأنه يكون كذباً فيحمل على الإنشاء كأنه قال للمدبر هذا مدبر وأحد العبدين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداءً لعبديه أحدكما مدبر فإن مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رقبة بين العبدين نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث ويعتق نصف كل واحد من العبدين من الثلث، لأن التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان في المرض أو في الصحة وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال اثنان منكم حران أنه يصرف أحدهما إلى الإخبار عن حرية أحدهم، والآخر إلى إنشاء الحرية في أحد العبدين لا غير كأنه قال للحر إن هذا حر وأحد العبدين حر فيؤمر بالبيان، فإن مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا، ولو كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج أحدهما ودخل الآخر فقال أحدكما حر فالكلام في هذه المسألة في الأصل يقع في موضعين:

أحدهما: يتعلق في حال الحياة.

والثاني: يتعلق بحال الموت.

أما الأول فما دام المولى حياً يؤمر بالبيان ثم إن بدأ بالبيان للإيجاب الأول فإن عنى به الخارج عتق الخارج بالإيجاب الأول وتبين أن إيجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحاً لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الإيجاب، وإن عنى بالإيجاب الأول الثابت عتق الثابت بالإيجاب الأول وتبين أن الإيجاب الثاني

وقع لغواً لحصوله بين حر وعبد في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الكلام الثاني ينصرف إلى الداخل وهذا غير سديد، لأن على قوله إذا جمع بين حر وعبد فقال أحدكما حر ينبغي أن ينصرف إلى العبد وليس كذلك بالإجماع وإن بدأ بالبيان للإيجاب الثاني، فإن عنى به الداخل عتق الداخل عتق بالإيجاب الثاني وبقي الإيجاب الأول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان، وإن عنى به الثابت عتق الثابت بالإيجاب الثاني/ [ب/١٨٤/ج] وعتق الخارج بالإيجاب الأول لتعيينه للعتق بإعتاق الثابت.

وأما الذي يتعلق مما بعد الموت فههنا حالان: حال ما بعد موت العبدين، وحال ما بعد موت المولى، أما موت العبدين، فإن مات الخارج عتق الثابت بالإيجاب الأول وتبين أن الإيجاب الثاني وقع باطلاً، وإن مات الثابت عتق الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثاني، لأن الثابت قد أعيد عليه الإيجاب فعتقه يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق، وإن مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للإيجاب الأول، فإن عنى به الخارج عتق الخارج بالإيجاب الأول وبقي الإيجاب الثاني بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان، وإن عنى به الثابت تبين أن الإيجاب الثاني وقع باطلاً.

وأما موت المولى قبل البيان فإن كان القول منه في الصحة يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلاف بين أصحابنا.

واختلفوا في الداخل قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربعه، أما في مسألة الوفاق فلأن المولى إن كان عنى بالإيجاب الأول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت، وإن كان عنى به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج وكل واحد منهما يعتق في حال ولا يعتق في حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالإيجاب الأول ثم الثابت بالإيجاب الثاني يعتق نصفه الباقي في حال ولا يعتق في حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربعه بالإيجاب الثاني وقد عتق نصفه بالإيجاب الأول فيعتق ثلاثة أرباعه.

وأما مسألة الخلاف فأما وجه قول محمد: فهو أن الإيجاب الثاني يصح في حال ولا يصح في حال لأنه إن كان المولى عنىٰ بالإيجاب الأول الخارج يصح الإيجاب الثاني، لأن الثابت يبقى رقيقاً فيقع الإيجاب الثاني جمعاً بين العبدين فيصح وإن كان عنى به الثابت لا يصح لأنه يقع جمعاً بين الحر والعبد فيلغو فيصح الإيجاب الثاني في حال ولم يصح في حال فلا يثبت إلا نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع.

ولهما: أن الإيجاب الثاني إنما يدور بين الصحة والبطلان إذا نزل العتق بالإيجاب الأول في غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم فكان الإيجاب الثاني صحيحاً في الحالين جميعاً، فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الإيجاب نصف حرية ثم إن كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقي ولا يعتق الداخل وإن كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق شيء من النصف الباقي من الثابت فكل واحد منهما يثبت في حال ولا يثبت في حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه.

والدليل على أن ما ذكره محمد غير سديد أن الإيجاب الثاني لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة

لبطل أصلاً ورأساً، لأن من جمع بين حر وعبد، وقال أحدكما حر يبطل أصلاً ورأساً، ومحمد اعتبر الإيجاب الثاني حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل، هذا إذا كان القول منه في الصحة، فإن كان في المرض، فإن كان له مال آخر يخرجون من الثلث أو لا يخرجون لكن إن أجازت الورثة فكذلك الجواب وإن لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم، لأن الإعتاق في مرض الموت وصية والوصية نفاذها من الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة ووصية الثالث ثلاثة أرباع الرقبة ووصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة وذلك ثلاثة أسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فتجمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة أسهم فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهماً ضرورة فيكون جميع المال أحداً وعشرين فصار كل عبد سبعة أسهم، لأن ماله ثلاثة أعبد وقد صار ماله كله أحداً وعشرين سهماً فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة، ويسعى في خمسة أسهم والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة ويسعى في أربعة أسهم والداخل يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة أسهم كالخارج، وإذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلثان وهذا التخريج على قولهما.

وأما على قول محمد: فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة أسهم فصار ثلث/ المال ستة أسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثني عشر فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة [أ/ ١٨٥/ج] أسهم يخرج منها سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في أربعة أسهم ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في ثلاثة ويعتق من الداخل سهم واحد ويسعى في خمسة أسهم فسار للورثة اثني عشر، ولأصحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان، والله عز وجل أعلم.

وأما الجهالة الطارئة بأن أضاف صيغة الإعتاق إلى أحدهما بعينه ثم نسيه فالكلام في هذا الفصل أيضاً في موضعين:

أحدهما: في كيفية هذا التصرف.

والثاني: في الأحكام المتعلقة به، أما الأول فلا خلاف في أن أحدهما حر قبل البيان لأن الصيغة أضيفت إلى معين والمعين محل لنزول العتق فيه، فكان البيان في هذا النوع إظهاراً وتعييناً لمن نزل فيه العتق.

وأما الثاني: فالأحكام المتعلقة به ضربان أيضاً ضرب يتعلق به في حال حياة المولى، وضرب يتعلق به بعد موته.

أما الأول فنقول: إذا أعتق إحدى جاريتيه بعينها ثم نسيها أو أعتق إحدى جواريه العشرة بعينها ثم نسي المعتقة فإنه يمنع من وطئهن واستخدامهن؛ لأن واحدة منهن حرة بيقين، فكل واحدة يحتمل أن تكون هي الحرة ووطء الحرة من غير نكاح حرام، فلو قرب واحدة منهم ربما يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام.

والأصل في هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أَلا إنَّ لكلِّ مَلِكٍ حِمًى، وإنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُه، فمَنْ حَامَ حولَ الحمى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فيه»[1] ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحري لما ذكرنا في كتاب الطلاق، فلو أنه وطىء واحدة منهن فحكمه نذكره هنا والحيلة في أن يباح له وطؤهن أن يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقيقة بملك اليمين، ولو خاصم العبدان المولى إلى القاضي وطلبا منه البيان أمره القاضي بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكره الكرخي لأن أحدهما حر بيقين والحرية حقه أو له فيها حق ولكل صاحب حق أن يطلب حقه وإذا امتنع من الإيفاء يجبر عليه.

ولو ادعى كل واحد منهما أنه هو الحر ولا بينة له وجحد المولى فطلبا يمينه استحلفه القاضي لكل واحد منهما بالله عز وجل ما أعتقه، لأن الاستحلاف لفائدة النكول، والنكول بذل أو إقرار، والعتق يحتمل كل ذلك، ثم إن نكل لهما عتقا لأنه بذل لهما الحرية أو أقر بها لهما، وإن حلف لهما يؤمر بالبيان لأن أحدهما حر بيقين وحريته لا ترتفع باليمين، وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد في الطلاق يكون ذلك رواية في العتاق وهو أنهما إذا استحلفا فحلف المولى للأول يعتق الذي لم يحلف له، لأنه لما حلف للأول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتعين الآخر للحرية؛ كما إذا قال ابتداء لأحدهما عيناً هذا عبد. وإن لم يحلف له عتق هو لأنه بذل له الحرية أو أقر، وإن تشاحنا في اليمين حلف لهما جميعاً بالله عز وجل ما أعتق واحداً منهما، فإن حلف لهما، فإن كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لما ذكرنا أن حرية إحداهما لا ترتفع بالحلف.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أن المولى لا يجبر على البيان في الجهالة الطارئة إذا لم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر، لأن أحدهما حر بيقين بخلاف الجهالة الأصلية، لأن ثمة الحرية غير نازلة في المحل في أصح القولين فلم يكن في البيان استرقاق الحر، ثم البيان في هذه الجهالة نوعان نص ودلالة أو ضرورة، أما النص فنحو أن يقول المولى لأحدهما عيناً هذا الذي كنت أعتقته ونسيت.

وأما الدلالة أو الضرورة فهي أن يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو أن يتصرف في أحدهما تصرفاً لا صحة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والإعتاق والإجارة والرهن والكتابة والتدبير والاستيلاد إذا كانتا جاريتين لأن هذه التصرفات لا صحة لها إلا في الملك فكان إقدامه دليل اختياره الملك في التصرف فيه وتعين الآخر للعتق، وكذا إذا كانا أمتين فوطىء إحداهما عتقت الأخرى بلا خلاف، لأن إحداهما حرة بيقين فكان وطء إحداهما تعييناً لها للرق والأخرى للعتق وتعيين الأخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف الجهالة الأصلية على أصل أبي حنيفة، لأن العتق غير نازل في إحداهما فكانت كل واحدة منهما حلال الوطء.

وإن كنّ عشراً فوطىء إحداهن تعينت الموطوءة للرق حملاً لأمره على الصلاح وتعينت الباقيات لكون [ب/١٨٥/ج] المعتقة فيهن دلالة أو ضرورة فيتعين البيان نصاً أو/ دلالة.

(١) تقدم تخريجه.

وكذا لو وطىء الثانية والثالثة إلى التاسعة فتتعين الباقية وهي العاشرة للعتق لأن فعله يحمل على الجواز ولا جواز له إلا في الملك فكان الإقدام على وطئهن تعييناً لهن للرق والباقية للعتق أو تتعين الباقية ضرورة، والأحسن أن لا يطأ واحدة منهن لاحتمال أن تكون الموطوءة هي الحرة فلو أنه وطىء فحكمه ما ذكرنا.

ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالأحسن أن لا يطأ الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن، فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز، لأن فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بأن يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هي الميتة، لأن البيان في هذا النوع من الجهالة إظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الأصل فلم تكن الحياة شرطاً لمحلية البيان وكان إقدامه على وطئهن تعييناً للميتة للعتق، والباقيات للرق دلالة أو تتعين الباقيات للرق ضرورة، بخلاف الجهالة الأصلية إذا ماتت واحدة منهن أن الميتة لا تتعين للحرية لأن الحرية هناك غير نازلة في إحداهن، وإنما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصوراً عليه، والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق.

ولو كانت اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق، لأن الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين فلا تتعين الأخرى للعتق ضرورة فوقف تعيينها للعتق على البيان نصاً أو دلالة، إذ الميتة لم تخرج عن كونها محلاً للبيان إذ البيان في هذا النوع إظهار وتعيين؛ بخلاف النوع الأول في أصح القولين.

ولو قال المولى: هذا مملوك وأشار إلى أحدهما يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة، ولو باعهما جميعاً صفقة واحدة كان البيع فاسداً لأنه باع حراً وعبداً صفقة واحدة، ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن، وكذا لو كانوا عشرة فباعهم صفقة واحدة ويفسخ البيع في الكل، ولو باعهم على الانفراد جاز البيع في التسعة ويتعين العاشر للعتق، كذا ذكر الكرخي، لأن بيع كل واحد منهم اختيار إياه للرق ويتعين الباقي للعتق دلالة أو يتعين ضرورة عدم المزاحم، كما لو وطىء عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فأعتق واحد منهم جاريته ولا يعرف المعتق فلكل واحد منهم أن يطأ جاريته وأن يتصرف فيها تصرف الملاك، لأن الجهالة تمكنت في الجانبين جميعاً المعتق والمعتق فوقع الشك في الطرفين فلا يزال اليقين بالشك، بخلاف ما إذا كانت الجواري لواحد فأعتق واحدة منهن ثم نسيها أنه يمنع من وطء الكل، لأن الجهالة هناك لم تقع إلا في أحد الجانبين فلم يقع الشك إلا في أحد الجانبين، إذ المعتق على يقين من حرية إحداهن، وكل واحدة تحتمل أن تكون هي الحرة فيمنع من وطئهن، ولو دخل الكل في ملك أحدهم صار كأن الكل كن في ملكه فأعتق واحدة منهن ثم جهلها.

وأما الثاني: فهو أن المولى إذا مات قبل البيان يعتق من كل واحدة منهما نصفه مجاناً بغير شيء، ونصفه بالقيمة فتسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للورثة لما ذكرنا في الجهالة الأصلية والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيئان:

أحدهما: الإقرار.

والثاني: البينة، أما الأول فلا شك أن الإقرار من المولى بإعتاق عبده يظهر به العتق، لأن الظاهر أن

الإنسان لا يقر على نفسه كاذباً فيصدق في إقراره على نفسه ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة، ولو أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه لأن إقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة، فإذا اشتراه فقد زال المانع من تنفيذه في حقه فيعتق عليه.

وأما البينة: فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف في أنها تقبل على عتق المملوك إذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبداً أو جارية، فأما إذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضاً منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه، فإن كان المملوك جارية تقبل بالإجماع، وإن كان عبداً لا تقبل في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تقبل، من أصحابنا من حمل المسألة على أن عتق العبد حق العبد عند أبي حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعاويهم كالأموال وسائر حقوق العباد، وعندهما هي حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عز وجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على إعتاق الإنسان أمته وتطليقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله عز وجل من الزنا والشرب والسكر إلا السرقة فإنه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب إذ لا يظهر/ [١٨٦/أ/ج] كون الفعل سرقة شرعاً بدون الدعوى لما نذكر في كتاب السرقة فنتكلم في المسألة بناءً وابتداءً.

أما البناء فوجه قولهما: أن في الإعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى، قال النبي ﷺ: «**ثلاثةٌ أَنَا خَصْمُهم ومَنْ كنتُ خصمَه خصمتُه يومَ القِيامَةِ**»[1] وذكر من جملتها رجلاً باع حراً وأكل ثمنه، وكذا يتعلق به أهلية وجوب حقوق الله عز وجل من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات فثبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما في عتق الأمة وطلاق المرأة وكما في الحدود الخالصة، وكذا الأحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فإن الشهادة على حرية الأصل للعبد تقبل من غير دعواه.

وكذا الشهادة على نسب صبي صغير من رجل وأنكر الرجل، وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران، وكذا التناقض في العتق لا يمنع صحة الدعوى بأن قال عبد لإنسان اشترني فإني عبد فلان فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الأصل تسمع دعواه، ولو كانت الدعوى فيه شرطاً لكان التناقض مانعاً من صحة الدعوى كما في سائر الدعاوي.

ولأبي حنيفة: أن الإعتاق إثبات العتق والعتق في عرف اللغة والشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد تندفع بها يد الاستيلاء والتملك عنه والقوة حقه إذ هو المنتفع بها مقصوداً.

ألا ترى أنه هو الذي يتضرر بانتفائها مقصوداً بالاسترقاق، وكذا التحرير إثبات الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبىء عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لأنه هو المنتفع به دون

---

(١) أخرجه هكذا بهذا اللفظ ابن ماجه في «السنن» كتاب الرهون، باب أجر الأجراء برقم (٢٤٤٢) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٤، ١٢١).

وأخرجه بدون زيادة «ومن كنتُ...» البخاري كتاب البيوع باب إثم من باع حراً رقم (٢٢٢٧).

وهو عند الجميع حديث قدسي يرويه النبي ﷺ عن ربه عز وجل.

غيره مقصوداً وحق الإنسان ما ينتفع هو به دون غيره، فإذا ثبت أن العتق حق العبد فالشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المشهود به إذا كان حقاً للعبد كان العبد مشهوداً له، فإذا أنكر فقد كذب شهوده والمشهود له إذا أكذب شهوده لا تقبل شهادتهم له.

والثاني: أن إنكار المشهود له حقه مع حاجته إلى استيفاء حقه لينتفع به يوجب تهمة في الشهادة، لأن المشهود به لو كان ثابتاً لتبادر إلى الدعوى ولا شهادة لمتهم.

وأما قوله في الإعتاق تحريم الاسترقاق فنقول الإعتاق لا ينبىء عن ذلك وإنما ينبىء عن إثبات القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه، ثم إذا ثبت حقه بالإعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من إبطال حقه، وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله عز وجل.

ألا ترى أن سائر الحقوق الثابتة للعباد يحرم إبطالها ولا يدل على أن حرمة إبطالها حق الله تعالى. على أنا إن سلمنا أن في العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لأنه من حيث إنه حق الله تعالىٰ تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث إنه حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك، ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وإن كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا.

وأما الأحكام: فأما عتق الأمة فثمة هكذا نقول: إن تلك الشهادة على تقبل على العتق من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد. وإنما تقبل من حيث إن عتق الأمة حق الله تعالى على الخلوص من حيث إنه سبب لتحريم الفرج ووسيلة إليه والشيء من حيث التسبب والتوسل غير، ومن حيث الذات غير كما قلنا في كفر المحارب أنه يوجب القتل من حيث إنه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لأنهما غيران كذا هذا.

ألا ترى أنه ينفصل أحدهما عن الآخر، فإن العتق قد لا يكون وسيلة إلى تحريم الفرج وهو عتق العبد، ثم متى قبلت على العتق من حيث إنه سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق، وكذا في طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق في محل النزاع سببية تحريم الفرج. فلو قبل لقبل على ذات العتق ولا وجه إليه لما بينا، فإن قيل: ما ذكرتم من العذر في فصل الأمة والطلاق لا يصح، لأن الشهادة على عتق الأمة المجوسية والأخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى، وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لأن الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف إلى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج.

فالجواب: أن من أصحابنا من يمنع المسألتين الأولتينفقالوا: /لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى، [ب/١٨٦/ج] لأنها لا تتضمن تحريم الفرج، ومنهم من سلم مسألة المجوسية ومنع مسألة الأخت من الرضاعة، وفرق بينهما من حيث إن وطء الأمة المجوسية مملوك للمولى، وإنما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطء حالة الحيض، ولهذا لو وطئها لا يسقط إحصانه وبعد العتق لو وطئها يسقط إحصانه فالشهادة على عتقها

تضمنت تحريم الفرج فقبلت من غير دعوى، فأما الأخت من الرضاعة فحرام الوطء حقيقة حتى لو وطئها يسقط إحصانه مع قيام ملك اليمين، والمعتبر في الباب تحريم الفرج لا الأنوثة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسألة وهي ما إذا كان صغيراً فلا تقبل عند أبـي حنيفة ما لم ينصب القاضي خصماً عن الصغير ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعاً نظراً للصغير العاجز عن إحياء حقه بنفسه، والقاضي نصب ناظراً للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم.

وأما الاستيلاد فهو سبب لتحريم الفرج والدعاوي في الجملة، لأنه يوجب حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاد في الحال سبباً لثبوت الحرية فكان سبباً لحق الله تعالى في الحال فيقام السبب مقام الحقيقة في حق التحريم احتياطاً وهو الجواب عن الطلاق الرجعي والطلاق المضاف إلى الحرية ثمة ثبت في الجملة أيضاً عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قائماً مقام المسبب في حق الحرمة احتياطاً.

وأما الابتداء فوجه قولهما: أن عدالة الشاهد دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهراً والقاضي مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغي أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلاً، ولهذا لم تشرط في عتق الأمة وطلاق المرأة وأسباب الحدود إلا أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالإجماع فيقتصر على مورد الإجماع.

وجه قول أبـي حنيفة: أن خبر من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به، والأصل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعاً لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لكَ بِهِ عِلْمٌ﴾[1] وأنه اسم للثابت قطعاً.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يا دَاوُدُ إنّا جعلناك خليفةً في الأَرض فاحْكُم بين النَّاس بالحَقِّ﴾[2] والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغي أن لا يجوز القضاء به أصلاً، إلا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد إلى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا كما في حد الزنا وعتق الأمة وطلاق المرأة، أو لدفع فساد السكر في حد الشارب والسكر فألحق المحتمل بالمتيقن أو اكتفي بظاهر الصدق مع الاحتمال دفعاً للفساد فبقي الحكم فيما وراء ذلك على الأصل.

وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبديه والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما، فإن شهدا في حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما في قول أبـي حنيفة.

وعندهما: تقبل، لأن الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعي مجول فجهالة المدعي منعته صحة الدعوة فامتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليست بشرط فجهالة المدعي لا تكون أقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل ويجبر على البيان، وإن شهدا بعد وفاته على أنه أعتق أحدهما

(١) سورة الإسراء، الآية: (٣٦).
(٢) سورة صٓ، الآية: (٢٦).

في حال صحته فهو على هذا الخلاف، وإن شهدا على ذلك وهو مريض فمات أو شهدا بعد موته على أنه قال ذلك في المرض لا تقبل في قياس قول أبي حنيفة.

وفي الاستحسان: تقبل ولا خلاف في أنهما إذا شهدا على أنه طلق إحدى امرأتيه تقبل ويخير فيختار طلاق إحداهما.

وجه قياس قول أبي حنيفة ما ذكرنا: أن الدعوى شرط والمدعي مجهول.

وجه الاستحسان: أن المدعي ههنا معلوم، لأن الإعتاق في مرض الموت وصية والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له فكان المدعي معلوماً فجازت الشهادة له بخلاف حال الصحة، فإن الشهادة هناك وقعت لأحد العبدين فكان المشهود له مجهولاً فلم تجز الشهادة، ولأن المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعاً فصار كل واحد منهما خصماً في حق نفسه متعيناً فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة.

وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسألة في الأمتين بأن شهد بأنه أعتق إحدى أمتيه/ أنها لا تقبل لأن [أ/١٨٧/ج] انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الأمة لكونه سبباً لحرمة الفرج وهي حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة فكان الجواب في العبدين والأمتين ههنا عنده على السواء بخلاف ما إذا شهدا على أنه طلق إحدى امرأتيه أنها تقبل لأنها قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط.

ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلاناً لم تجز شهادتهما، لأن المدعى عليه مجهول، ولو شهدا أنه أعتق عبداً له وسماه ونسياه أن الشهادة باطلة لأن الشاهد إذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته، ولو شهدا أنه أعتق عبده سالماً ولا يعرفان سالماً وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما، ولو شهدا به في البيع لا تقبل.

ووجه الفرق: أن البيع لا يحتمل الجهالة أصلاً والعتق يحتمل ضرباً من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدين ويجوز إعتاق أحد العبدين، ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق لم تجز شهادتهما لأنهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت إلا بشهادة شاهدين ولم يوجد.

والأصل فيه: أنه إذا اختلفت شهادة الشاهدين، فإن كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلاً، وإن كان في دعوى المال ففيه تفصيل ووفاق واختلاف نذكر ذلك كله في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم.

كتاب التدبير

الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في كتاب العتق وهو بيان ركن التدبير، وبيان شرائط الركن، وبيان صفة التدبير، وبيان حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه وبيان ما يظهر به التدبير.

فصل: أما الأول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة وهو إثبات العتق عن دبر ثم إثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيد.

أما المطلق فهو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقاً وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكون بلفظ التحرير والإعتاق نحو أن يقول أنت حر بعد موتي أو حررتك بعد موتى أو أنت معتق أو عتيق بعد موتي أو أعتقتك بعد موتي.

وكذا إذا قال: أنت حر عند موتي أو مع موتي أو في موتي هو بمنزلة قوله بعد موتي لأن عند كلمة حضرة فعند الموت يستدعي وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط وجمع للمقارنة ومقارنة الشيء يقتضي وجودهما وفي للظرف، فإذا دخل ما لا يصلح ظرفاً يجعل شرطاً كما إذا قال لعبده أنت حر في دخولك الدار، وقد يكون بلفظ اليمين بأن يقول إن مت فأنت حر، أو يقول إذا مت أو متى مت أو متى ما مت أو إن حدث بي حدث أو متى حدث بي، لأنه علق العتق بالموت مطلقاً، وكذا إذا ذكر في هذه الألفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك.

ولو قال: إن مات فلان فأنت حر لم يكن مدبراً، لأنه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبيراً بل كان تعليقاً بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك.

وقال أبو يوسف: لو قال: أنْتَ حر إن مت أو قتلت فليس بمدبر، وقال زفر: هو مدبر لأنه علق عتقه بالموت وأنه كائن لا محالة، ولأبي يوسف إن علق بأحد الأمرين فلا يصير مدبراً كما لو قال: إن مت أو مات زيد.

ولو قال: إن مت وفلان فأنت حر، أو قال أنت حر بعد موتي وموت فلان أو قال بعد موت فلان وموتي لم يكن مدبراً إلا أن يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبراً وإنما لا يصير مدبراً للحال، لأنه يحتمل أن يموت المولى أولاً فلا يعتق لأنه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثاً فبعد ذلك إن مات فلان ووجد الشرط الآخر فإنما وجد بعدما انتقل الملك إلى الورثة، ويحتمل أن يموت فلان فيصير مدبراً ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير المقيد. ثم ينظر إن مات المولى أولاً فقد صار العبد ميراثاً للورثة لما بينا.

وإن مات فلان أولاً فقد صار مدبراً، لأن التدبير صار مطلقاً وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى ثم استشهد في الأصل فقال: ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كلامك فلاناً وبعد موتي فكلم فلاناً كان مدبراً.

وكذلك قوله: إذا كلمت فلاناً فأنت حر بعد موتي فكلمه صار مدبراً، لأنه بعد الكلام صار التدبير مطلقاً فكذا هذا، وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصي لعبده بنفسه أو برقبته أو بعتقه أو يوصيه، بوصية يستحق من جملتها رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أوصيتك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لأن الموصي يزيل ملكه بالوصية ثم إن كان الموصى له ممن يحتمل/ الملك يزول الملك إليه [ب/١٨٧/ج] وإلا فيزول لا إلى أحد والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه إزالة الملك لا إلى أحد وهذا معنى الإعتاق فهذا الطريق جعل بيع نفس العبد وهبتها له إعتاقاً كذا هذا فيصير في معنى قوله أنت حر بعد موتي.

وكذا لو قال له أوصيت لك بثلث مالي، لأن رقبته من جملة ماله فصار موصىً له بثلثها، لأن هذا إزالة الملك من الثلث لا إلى أحد فيكون إعتاقاً.

وروى بشر عن أبي يوسف فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته، ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق.

ووجه الفرق: أن السهم عبارة عن السدس، فإذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية، فأما اسم الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة فكان الخيار فيه إلى الورثة فلهم التعيين فيما شاء والله عز وجل أعلم.

وأما المقيد فهو: أن يعلق عتق عبده بموته موصوفاً بصفة أو بموته، وشرط آخر نحو أن يقول إن مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حر أو يقول إن قتلت فأنت حر أو إن غرقت فأنت حر أو إن حدث بي حدث من مرضي هذا أو من سفري هذا فأنت حر ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة، ويحتمل أن لا يكون، وكذا إذا ذكر مع موته شرطاً آخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لو قال: إذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر يريد به في حق الأحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة المدبر لأنه علق العتق بالموت، وبمعنى آخر فلم يكن مدبراً مطلقاً، فإن مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث.

والقياس: أن لا يعتق كما لو قال: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر فمات المولى فدخل العبد الدار أنه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال يعتق من الثلث، لأنه علق العتق بالموت وبما هو من علائقه فصار كما لو علقه بموت نصفه فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله إذا مت فدخلت الدار، لأن دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعلقاً بموت نصفه فلم يكن تدبيراً أصلاً بل كان يميناً مطلقاً فيبطل بالموت كسائر الأيمان، ثم التدبير قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً بشرط.

أما المطلق فما ذكرنا، وأما المعلق فنحو أن يقول إن دخلت الدار أو إن كلمت فلاناً أو إذا قدم زيد فأنت مدبر، لأن التدبير إثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدبير.

وذكر محمد في «الأصل» إذا قال أنت حر بعد موتي إن شئت فإن نوى بقوله إن شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبراً، لأنه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبراً كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت مدبر وإن عنى به مشيئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى بموت المولى، لأنه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت، فإذا وجد قبله لا يعتبر، فإن مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في «الأصل».

وذكر الحاكم في «مختصره» أن المراد منه أن يعتقه الوصي أو الوارث، لأن العتق ههنا لم يتعلق بالموت وإنما تعلق به وبأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالإعتاق فيجب أن لا يعتق ما لم يعتق، وكذا ذكر الجصاص: أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا.

وروى ابن سماعة وعيسى بن أبان وأبو سليمان عن محمد فيمن قال لرجل: إذا مت فأعتق عبدي هذا إن شئت، أو قال: إذا مت فأمر عبدي هذا بيدك ثم مات فشاء الرجل عتقه في المجلس أو بعد المجلس فله أن يعتقه لأن هذا وصية بالإعتاق والوصايا لا يتقيد القبول فيها بالمجلس.

وكذا إن قال: عبدي هذا حر بعد موتي إن شئت فشاء بعد موته في المجلس أو بعد المجلس فقد وجدت الوصية لما ذكرنا أن الوصية لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصي أو القاضي، وهذا يؤيد قول الحاكم والجصاص لأنه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد. وههنا علق بمشيئة الأجنبي.

وكذلك لو قال لعبده: أنت حر إن شئت بعد موتي فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت المولى أو أخذ في عمل آخر فإن ذلك لا يبطل شيئاً مما جعله إليه لما ذكرنا أن هذا وصية بالإعتاق وليس بتمليك والوصية لا يقف قبولها على المجلس.

وأما المضاف إلى وقت فنحو أن أن يقول أنت مدبر غداً أو رأس شهر كذا، فإذا جاء الوقت صار مدبراً، لأن التدبير إثبات حق الحرية فيحتمل الإضافة كإثبات حقيقة الحرية، ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الإضافة.

وقد روى/ بشر عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت حر بعد موتي بشهر فليس بمدبر ولا يعتق إلا أن يعتق. [أ/١٨٨/ج]

وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال: القياس أن يكون باطلاً، ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه.

ووجه القياس: ما ذكرنا أنه لما علق العتق بمضي شهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك فيه إلى الورثة ولم يبق إلا مضي الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل إلا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية

بالإعتاق لأن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالإعتاق بعد مضي شهر بعد الموت فيحمل عليها.

ولو قال: أنت حر قبل موتي بشهر فليس بمدبر لأنه ما أضاف العتق إلى الموت أصلاً بل أضافه إلى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت التكلم وهذا أيضاً يحتمل الوجود والعدم بجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبراً للحال، وإذا مضىٰ شهر قبل موت المولى وهو في ملكه، ذكر الكرخي في مختصره أنه مدبر في قول أبي حنيفة وزفر، وعند أبي يوسف ومحمد ليس بمدبر، وعلل القدوري لأبي حنيفة أنه لما مضى شهر صار كأنه قال عند مضي الشهر أنت حر بعد موتي.

وذكر في «**الجامع**» أنه لا يكون مدبراً ويجوز بيعه، ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح، أما على قول أبي حنيفة فلأن المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى، وههنا ما أضاف العتق إلى الموت أصلاً بل أضافه إلى أول الشهر، وكذا حكمه عند أبي حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند إليه والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا يستند، وبهذا تبين أن ما ذكره القدوري من التعليل لأبي حنيفة غير سديد.

وأما على قولهما: فقد ذكر في «**النوادر**» أن عندهما يصير مدبراً مطلقاً، ووجهه أنه لما مضى الشهر ظهر أن عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كأنه قال عند مضيه أنت حر بعد موتي فصار مدبراً مطلقاً.

وأما على ظاهر الرواية منهما فلا يصير مدبراً لأنه ما علق عتقه بالموت بل بشهر ومتصل بالموت فيصير كأنه قال أنت حر قبل موتي بساعة، ولو قال يوم أموت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت، فإن نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبراً لأنه نوى حقيقة كلامه إذ اليوم اسم لبياض النهار لغة، ويجوز أن يموت بالليل لا بالنهار فلا يكون هذا مدبراً مطلقاً وإن عنى به الوقت المبهم فهو مدبر لأن اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله تعالى: ﴿**وَمَنْ يُوَلِّهِم يومئذٍ دُبُرَهُ**﴾[1] ومن ولى بالليل لحقه الوعيد المذكور.

وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال: إن مت إلى سنة أو إلى عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر لأنه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم، فإن قال إن مت إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إلى ذلك الوقت في الغالب فهو مدبر لأن موته في تلك المدة كائن لا محالة.

وروى هشام عن محمد فيمن قال: أنت مدبر بعد موتي فهو مدبر الساعة لأنه أضاف التدبير إلى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتي فيبقى قوله أنت مدبر أو يجعل قوله أنت مدبر أي أنت حر فيصير كأنه قال أنت حر بعد موتي.

ولو قال: أنت حر بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت كذا ذكر في «**الجامع الصغير**» وهذا جواب ظاهر الرواية، وروي عن أن أبي يوسف أن القبول في هذا على حالة الحياة لا بعد الموت فإذا قبل في المجلس صح التدبير وصار مدبراً ولا يلزمه المال وإذا مات عتق ولا شيء عليه.

---

(١) سورة الأنفال، الآية: (١٦).

وجه قوله: أن هذا إيجاب العتق في حال بعوض إلا أن العتق يتأخر إلى ما بعد الموت فكان القبول في المجلس كما إذا قال له إن شئت فأنت حر رأس الشهر تعتبر المشيئة في المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر كذا ههنا، فإذا قبل في المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لأن المدبر مملوك للمولى مطلقاً فلا يجب عليه للمولى دين وإذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لأنه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق.

وجه ظاهر الرواية: أنه أضاف الإيجاب إلى ما بعد الموت فيكون القبول بعد الموت إذ القبول بعد الإيجاب يكون، ولأن الإعتاق بعد الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت، وإذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله في حال الحياة وإنما يعتبر بعد الموت، فإذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أو لا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي. [ب/١٨٨/ج] /لم يذكر هذا في «**الجامع الصغير**».

ولو قال: أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخي لأنه علق التدبير بشرط وهو قبول المال، فإذا قبل صار مدبراً والمدبر على ملك المولى فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه فسقط.

وروى بشر عن أبي يوسف في «**نوادره**» فيمن قال لعبده: أنت مدبر على ألف قال أبو حنيفة: ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل، فإن مات وهو في ملكه فقال: قد قبلت أدى الألف وعتق، وهو رواية عمرو عن محمد.

وقال أبو يوسف: إن لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل، وظاهر قوله أدى الألف وعتق يقتضي ثبوت العتق من غير إعتاق الوارث أو الوصي.

وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**»[1] إذا قال: إذا مت فأنت حُرٌّ على ألف درهم فإنما يحتاج إلى القبول بعد الموت، فإذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصي، لأن العتق قد تأخر وقوعه عن الموت، وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت إلا بإيقاع من الوارث أو الوصي، لأنه يكون وصية بالإعتاق فلا يثبت ما لم يوجد الإعتاق كما لو قال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر أنه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصي بعد مضي اليوم أو الشهر لما قلنا كذا ههنا، ثم في الوصية بالإعتاق يملك الوارث الإعتاق تنجيزاً وتعليقاً حتى لو قال له إن دخلت الدار فأنت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصي يملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق، ولأن الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كأنه هو والوصي يتصرف بالأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر كالوكيل، والوكيل بالإعتاق لا يملك التعليق، ولو أعتقه الوصي أو الوارث عن كفارة لزمته لا يسقط عنه لأنه يقع عن الميت والولاء عن الميت لا عن الوارث؛ لأن الإعتاق منه من حيث المعنى.

ولو قال: أنت حر على ألف درهم بعد موتي فالقبول في هذا في الحياة بلا خلاف لأنه جعل القبول في

(١) انظر «**المبسوط**» (٧/ ١٨٦) و «**المدونة**» (٣/ ٣٠٢).

الحالين شرطاً لثبوت العتق بعد الموت، فإذا قبل صار مدبراً ولا يجب المال لما قلنا، فإذا مات عتق ولا شيء عليه، وهذا حجة أبي يوسف في المسائل المتقدمة والله عز وجل الموفق.

ولو قال: كل مملوك أملكه فهو حُرّ بعد موتي فما في ملكه صار مدبراً وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يدخل في هذا الكلام ما يستفيده.

وجه قوله: أن المملوك للحال مراد من هذا الإيجاب فلا يكون ما يستفيده مراداً لأن الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان، واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين، ولهذا لم يدخل المستفاد في هذا في الإعتاق البات كذا في التدبير. ولهما: أن التدبير في معنى اليمين ومعنى الوصية.

أما معنى اليمين فظاهر لأنه تعليق العتق بالشرط فاليمين إن كان لا يصلح إلا في الملك القائم أو مضافاً إلى الملك أو سببه فالوصية تتعلق بما في ملك الموصي وبما يستحدث الملك فيه، فإن من أوصى بثلث ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده إلى وقت الموت.

وقوله: اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين.

قلنا: قد يشتمل كالكتابة والإعتاق على مال فإنهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة كذا هذا والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع: بعضها يعم نوعي التدبير أعني المطلق والمقيد وبعضها يخص أحدهما وهو المطلق، أما الذي يعم النوعين فما ذكرنا في كتاب العتاق فلا يصح التدبير إلا بعد صدور ركنه مطلقاً عن الاستثناء من أهله مضافاً إلى محله ولا يصح إلا في الملك سواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت أو مضافاً إلى الملك أو سبب الملك نحو أن يقول لعبد لا يملكه إن ملكتك فأنت مدبر أو إن اشتريتك فأنت مدبر لأنه التزم إثبات حقيقة الحرية بعد الموت وإثبات حق الحرية في الحال ولا يثبت ذلك إلا بعد وجود الملك في الحال، لأنه إذا كان موجوداً للحال، فالظاهر دوامه إلى وقت وجود الشرط والوقت وإذا لم يكن موجوداً فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضاً على ما يذكر في بيان حكم التدبير إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال إن مات فلان فأنت حر لا يصير مدبراً أصلاً، وأما الذي يخص أحدهما فضربان:

أحدهما: أن يكون التعليق بمطلق موت المولى، فإن كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيراً مطلقاً/ [أ/١٨٩/ج] بل يكون مقيداً.

والثاني: أن يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته، وشرط آخر لا يكون ذلك تدبيراً مطلقاً وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم.

فصل: وأما صفة التدبير فالتدبير متجزىء في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يتجزأ، لأنه باعتبار الحال إثبات حق الحرية فيعتبر بإثبات حقيقة الحرية وإثبات حقيقة الحرية يتجزأ عنده، وعندهما

لا يتجزأ كذا إثبات حق الحرية باعتبار المال وهو إثبات حقيقة الحرية فكان إعتاقاً فكان الخلاف فيه لازماً.

وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما أن على قول أبي حنيفة صار نصيبه خاصة مدبراً ونصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزئاً عنده فيقتصر على نصيبه ثم إن كان المدبر موسراً فللشريك ست خيارات إن شاء أعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء ضمن وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء تركه على حاله، أما خيار الإعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء فلأن نصيبه بقي على ملكه في حق التخريج إلى العتاق.

وأما خيار التضمين: فلأنه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلاً للتملك مطلقاً بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه عليه في حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمين.

وأما خيار الترك على حاله: فلأن الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز إبقاؤه على الرق وأنه مفيد لأن له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج إلى الحرية ما لم يمت المدبر، فإن اختار الإعتاق فأعتق فللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبراً، لأنه أتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبراً والولاء بينهما، لأن الإعتاق منهما لأن نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال إلى المعتق لأن التدبير يمنع من ذلك وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن لأن منفعة الإعتاق حصلت له وإن شاء المدبر أعتق نصيبه وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى وليس له الترك على حاله، لأنه معتق البعض فيجب تخريجه إلى العتاق.

هذا إذا كان المعتق موسراً، فإن كان معسراً فللمدبر ثلاث خيارات إن شاء أعتق وإن شاء استسعى وإن شاء كاتب وإن شاء اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبراً بينهما، وساوى شريكه في التصرف ثم مات أحدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من الثلث، لأن التدبير وصية ويسعى في نصف قيمته للباقي إن شاء، لأنه صار معتق البعض وإن شاء أعتق وإن شاء كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا.

فإن مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضاً لما قلنا، وبطلت السعاية لأن العتق حصل بموت المولى والمدبر إذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا يجب عليه السعاية، وقيل إن هذا على قياس قول أبي حنيفة، فأما على قياس قولهما فلا يبطل، لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ فقد عتق كله بموت الأول فوجبت السعاية عليه وهو حُرّ فكان ذلك بمنزلة ديون وجبت على الحر فلا تسقط بالموت.

وأما على قول أبي حنيفة: فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية إذا اختار السعاية، لأن الإعتاق متجزىء عنده فإذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية، وإن اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة لأن نصيبه على ملكه، فإن أدى فعتق مضى الأمر، وإن مات المولى قبل الأداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية، وإن كان لا يخرج من الثلث بأن لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة يذكر فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وإن اختار تضمين المدبر فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر للانتقال نصيب شريكه إليه بالضمان والولاء كله للمدبر، لأن كله عتق على ملكه وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لأن الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له، فإن مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال، لأن

نصفه قد صار مدبراً فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا، ويسعى في النصف الآخر كاملاً للورثة لأن ذلك النصف كان قناً، وإن شاؤوا أعتقوا ذلك النصف وإن شاؤوا دبروا وإن شاؤوا كاتبوا وإن شاؤوا تركوه على حاله.

وإن اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته، فإذا/ أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك [ب/١٨٩/ج] للمدبر شيئاً لأن العتق حصل بسبب لا صنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه لأن العبد صار كمعتق البعض، فإذا أدى يعتق كله والولاء بينهما، لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، فإن مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا.

وإن اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثاً عنه فينتقل الخيار إلى الورثة في الإعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله لأن نصيبه انتقل إليهم وقد كان له هذه الخيارات.

وإن مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعي العبد في نصف قيمته إن شاء، وإن شاء أعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وليس له خيار الترك لأنه صار معتق للبعض فيجب تخريجه إلى العتق لا محالة والولاء بينهما لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، هذا إذا كان المدبر موسراً فإن كان معسراً فللشريك الخيارات التي ذكرنا إلا اختيار التضمين.

وأما على قولهما: إذا دبر نصيبه فقد صار كله مدبراً[1]، لأن التدبير لا يتجزأ عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسراً كان أو معسراً فقد فرقا بين التدبير وبين الإعتاق أن في الإعتاق لا يضمن إذا كان معسراً وإنما يسعى العبد لأن هذا ضمان إتلاف أو ضمان تملك أو ضمان حبس المال وإنه لا يختلف باليسار والإعسار في أصول الشرع إلا أن السعاية في باب الإعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص، ولأن بالإعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار حراً يسعى وهو حر، وههنا الملك قائم بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعاء.

هذا إذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب، فإن دبراه معاً ينظر إن قال كل واحد منهما: قد دبرتك أو أنت مدبر أو نصيبي منك مدبر، أو قال: إذا مت فأنت حر أو أنت حر بعد موتي وخرج الكلامان معاً صار مدبراً لهما بلا خلاف لأن تدبير كل واحد منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدبراً بينهما، فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث والآخر بالخيار إن شاء أعتق، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى وليس له أن يتركه على حاله، لأنه صار معتق البعض؛ فإذا مات الباقي منهما قبل أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق إن كان يخرج من الثلث لما ذكرنا.

وإن قالا جميعاً: إذا متنا فأنت حر أو أنت حر بعد موتنا. وخرج كلامهما معاً لا يصير مدبراً، لأن كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كأن كل واحد منهما قال: إن مت أنا وفلان فأنت حر، أو أنت حر إن مت أنا وفلان إلا إذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبراً لصيرورة عتقه معلقاً بموت

(١) انظر «المبسوط» (٧/ ١٨٦) و «المدونة» (٣/ ٣٠٠، ٣٠٢) و «الإشراف» (١/ ٣٦٥).

المولى مطلقاً وصار نصيب الميت ميراثاً لورثته ولهم الخيارات إن شاؤا أعتقوا، وإن شاؤا دبروا، وإن شاؤا كاتبوا، وإن شاؤا استسعوا، وإن شاؤا ضمنوا الشريك إن كان موسراً، وإذا مات الآخر عتق نصيبه من الثلث.

هذا إذا دبره أحدهما أو كلاهما، فإن دبر أحدهما أو أعتقه الآخر فهذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين: إما أن خرج الكلامان على التعاقب، وإما ان خرجا معاً فإن خرجا على التعاقب، فإما أن علم السابق منهما، وإما أن لم يعلم، فإن علم فإن كان الإعتاق سابقاً بأن أعتقه أحدهما أولاً ثم دبره الآخر.

فأما على قول أبي يوسف ومحمد: فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله، لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ وتدبير الشريك باطل لأنه صادف الحر والولاء كله للمعتق لأن كله عتق بإعتاقه وعليه الضمان إن كان موسراً وعلى العبد السعاية إن كان معسراً لما ذكرنا في كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما وسكت الآخر وقد ذكرنا فيما تقدم.

وأما على قول أبي حنيفة: إذا أعتقه أحدهما فلم يعتق إلا نصيبه لتجزى الإعتاق عنده، فلما دبره الآخر فقد صح تدبيره، لأنه دبر ملك نفسه فصح وصار ميراثاً للمعتق عن الضمان، لأنه قد ثبت له بإعتاق الشريك خيارات. منها التضمين، ومنها التدبير، فإذا دبره فقد استوفى حقه فبرىء المعتق عن الضمان، ولأنه إنما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه إلى المعتق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار إن شاء أعتق نصيبه الذي صار مدبراً، وإن شاء كاتبه، وإن شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لأنه قد عتق بعضه فوجب تخريجه إلى العتق بالطرق التي بينا، وإذا مات المدبر عتق نصيبه الذي صار مدبراً من الثلث والولاء بينهما لأن كله عتق بإعتاقهما النصف بالإعتاق البات والنصف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه، /وإن كان التدبير سابقاً بأن دبره أحدهما أولاً ثم أعتق [١٩٠/أ ج] الآخر، فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبراً له لأن التدبير عندهما لا يتجزأ كالإعتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قناً سواء كان موسراً أو معسراً لما بينا.

وأما على قول أبي حنيفة فلم يصر كله مدبراً بل نصيبه خاصة لتجزى التدبير عنده فصح إعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبراً إن كان المعتق موسراً لما ذكرنا فيما تقدم، وإن شاء أعتق نصيبه الذي هو مدبر، وإن شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لأنه معتق البعض، وإن خرج الكلامان معاً لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمان لأن الضمان إنما يجب بإتلاف مال الغير، فإذا خرج الكلامان معاً كان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه لا متلفاً ملك غيره فلا يجب عليه الضمان.

ومنهم من قال: هذا على قياس قول أبي حنيفة، لأن الإعتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزأ عنده فصح التدبير في النصف والإعتاق في النصف، فأما على قياس قولهما ينفذ الإعتاق ويبطل التدبير لأن الإعتاق والتدبير لا يتجزآن والإعتاق أقوى فيدفع الأدنى، وإن كان أحدهما سابقاً لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق، ذكر في الأصل أن المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر ويستسعى العبد له في الربع الآخر، وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول أبي حنيفة. فأما عندهما فالجواب فيه وفيما إذا خرج الكلامان معاً سواء.

وجه قولهما: أن كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معاً في أصول الشرع كالغرقى والحرقى والهدمى. ولهذا قال بعض أهل الأصول في النص العام والخاص إذا تعارضا وجهل التاريخ إنه يجعل كأنهما وردا معاً ويبنى العام على الخاص على طريق البيان، ويكون المراد من النص العام ما وراء القدر المخصوص.

وجه قياس: قول أبي حنيفة: أنه وقع الشك في وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك في سبب وجوبه، لأن التدبير إن كان لاحقاً كان المدبر بالتدبير جبرياً للمعتق من الضمان لما مر، وإن كان سابقاً يجب الضمان على المعتق فوقع الشك في الوجوب والوجوب لم يكن ثابتاً فلا يثبت مع الشك.

وجه الاستحسان له: اعتبار الأحوال وهو أن الإعتاق إذا كان متقدماً على التدبير فقد أبرأ المدبر المعتق عن الضمان، وإن كان متأخراً فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالإعتاق بعده، فإذاً لا ضمان على المدبر في الحالين جميعاً، والمعتق يضمن في حال ولا يضمن في حال والمضمون هو النصف فيتنصف فيعتق ربع القيمة ويسعى العبد للمدبر في الربع الآخر، لأنه لما تعذر التضمين فيه ووجب تخريجه إلى العتاق أخرج بالسعاية كما لو كان المعتق موسراً والله عز وجل أعلم.

مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهما فهو مدبر بينهما كأمه لأن ولد المدبرة مدبر لما نذكر في بيان حكم التدبير إن شاء الله تعالى، فإن ادعاه أحدهما فالقياس أن لا يثبت نسبه منه، وهو قول زفر وإليه مال الطحاوي من أصحابنا، وفي الاستحسان: يثبت.

وجه القياس: أنهما لما دبراه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعاً لأنه ولد مدبرتهما جميعاً، وفي إثبات النسب من المدعي إبطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ.

وجه الاستحسان: أن النسب قد ثبت في نصيب المدعي لوجود سبب الثبوت وهو الوطء في الملك، وإذا ثبت في نصيبه يثبت في نصيب شريكه لأن النسب لا يتجزأ.

وأما قوله: حق الولاء لا يحتمل الفسخ فنقول نحن يثبت النسب ولا يسقط حق الولاء؛ لأنه لا تنافي بينهما فيثبت النسب من الشريك المدعي ويبقى نصف الولاء للشريك الآخر وصار نصف الجارية أم ولد له ونصفها مدبرة على حالها للشريك، فإن قيل الاستيلاد لا يتجزأ وهذا قول بالتجزئة، فالجواب ما ذكرنا في كتاب العتاق أنه متجزىء في نفسه عند أبي حنيفة كالإعتاق إلا أنه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على أنا نقول الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل نقل الملك فيه، فأما ما لا يحتمل فهو متجز، وههنا لا يحتمل لما نذكر ويغرم المدعي نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الولد مدبراً ولا يضمن نصف قيمة الأم، أما وجوب نصف العقر فلأنه أقر بالوطء في ملك الغير لإقراره بوطء مدبرة مشتركة بينهما وأنه حرام إلا أن الحد لا يجب للشبهة لأن نصف الجارية ملكه فيجب العقر ويغرم نصف قيمة الولد مدبراً، لأنه بالدعوى أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهراً لأنه جعل في محل هو ملكهما فإذا ادعاه فقد أتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر بإخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة الكسب والخدمة فيضمن نصف قيمته مدبراً لأنه أتلف على شريكه نصف المدبر ولا يغرم/ نصف قيمة الجارية، لأن نصيب الشريك قد بقي على ملكه ولم تصر الجارية [ب/١٩٠/ج]

كلها أم ولد له، لأن استيلاد نصيب شريكه يعتمد تملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك لكونه مدبراً بخلاف الأمة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما أنه يثبت النسب ويغرم نصف عقر الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها أم ولد له ولا يغرم من قيمة الولد شيئاً، لأن هناك نصيب الشريك محتمل النقل فأمكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاد والتملك يستند إلى وقت العلوق فتبين أن الولد حدث على ملكه فلا يكون مضموناً عليه وههنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعي وينفرد الولد بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان.

فإن مات المدعي أولاً عتق نصيبه بغير شيء لأن نصيبه أم ولد له فلا تسعى في نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيئاً لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت ويسعى في نصيب الآخر في قولهم جميعاً لأن نصيبه مدبر فإن مات الآخر قبل أن يأخذ السعاية عتق كلها إن خرجت من ثلث ماله وبطلت السعاية عنها في قياس قول أبي حنيفة.

وعلى قياس قولهما: لا تبطل بناءً على أن الإعتاق يتجزأ عنده، وعندهما لا يتجزأ، وقد ذكرنا وجه البناء فيما تقدم.

وإن مات الذي لم يدع أولاً عتق نصيبه من الثلث، لأن نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر في قول أبي حنيفة، لأن نصيبه أم ولد له ورقّ أم الولد ليس بمتقوم عنده، وفي قولهما يسعى لأن رقه متقوم، فإن لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولداً آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر، لأنه أقر بوطء مدبرة مشتركة بينهما وأيهما مات يعتق كل الجارية، لأن نصيب كل واحد منهما أم ولد وأم الولد إذا أعتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليها، وإن جاءت بولد وادعياه جميعاً معاً ثبت نسبه منهما جميعاً وصارت الجارية أم ولد لهما جميعاً ويبطل التدبير إلى خلف هو خير وهو الاستيلاد، لأن عتق الاستيلاد ينفذ من جميع المال فكان خيراً لها من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في الجارية القنة وسنذكره في كتاب الاستيلاد إن شاء الله تعالى.

ولو دبر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا، فإن ادعى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة وهو أداء بدل الكتابة، وإن لم يؤد حتى مات المولى عتق أيضاً إن كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه لأن عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة، فإذا خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعاية، وإن لم يكن له مال آخر سواه فله الخيار إن شاء استسعى في جميع الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته، فإن اختار الكتابة سعى على النجوم، وإن اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالاً، وهذا قول أبي حنيفة[1].

وقال أبو يوسف: يسعى في الأقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة، وقال محمد: يسعى في الأقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة، والخلاف في هذه المسألة يقع في فصلين:

أحدهما: في الخيار.

---

(١) انظر «المبسوط» (٧/ ١٧٨) و «مختصر المزني» ص (٣٢٢) و «الإشراف» (١/ ٣٦٣).

والثاني: في المقدار والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد، أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يتجزأ.

ووجه البناء على هذا الأصل أن العتق لما كان متجزئاً عنده لم يعتق بموت المولى إلا ثلث العبد وبقي الثلثان منه رقيقاً وقد توجه إلى الثلثين العتق من جهتين:

أحدهما: الكتابة بأداء بدل مؤجل.

والثانية: التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلاً فيخير إن شاء مال إلى هذا، وإن شاء مال إلى ذاك، ولما لم يكن العتق متجزئاً عندهما فإذا عتق ثلثه بالموت فقد عتق كله وبطل التأجيل في بدل الكتابة فصار المالان جميعاً حالاً وعليه أخذ المالين، إما الكتابة، وإما السعاية وأحدهما أقل والآخر أكثر فلا فائدة في التخيير، لأنه يختار الأقل لا محالة، ولأن الواجب عليه إذا كان أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الأقل متيقناً به فيلزمه ذلك.

وأما فصل المقدار فوجه قول محمد: أن بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة، لأن العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فيبقى الثلثان.

ولأن ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد لسقط عنه كل بدل الكتابة، فإذا كان مثل ثلث قيمته/ [أ/١٩١/ج] يجب أن يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى في الأقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة لما قلنا.

ولهما: أن العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فإنه يسلم له ذلك كائناً ما كان، فإذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وإنما يقابل الثلثين، فإذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث وبمقابلة ما يصح المقابلة به وهو الثلثان يصرف كل البدل إلى ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف درهم لزمها كل الألف لما قلنا.

وكذا إذا جمع بين من يحل نكاحها وبين من لا يحل نكاحها فيزوجهما بألف درهم وجبت الألف كلها بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها عند أبي حنيفة، وإذا كان الأمر على ما وصفنا فالثلث وإن عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وإنما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شيء بخلاف ما إذا خرج العبد كله من الثلث لأن هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة، هذا إذا دبر عبده ثم كاتبه، فإن كاتبه ثم دبره ثم مات المولى، فعلى قول أبي حنيفة إن شاء سعى في ثلثي القيمة، وإن شاء سعى في ثلثي الكتابة، وعندهما يسعى في الأقل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة فقد اتفقوا على المقدار ههنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان، وإنما كان كذلك، لأن هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيئاً من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فيسقط ما كان بإزائه من البدل فبقي الثلثان بلا خلاف وإنما اختلفوا في الخيار فعند أبي حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلاً وبين ثلثي القيمة معجلاً،

وعندهما يجب عليه الأقل منهما بناءً على تجزي الإعتاق وعدم تجزيه على ما بينا في الفصل الأول والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم التدبير فنوعان: نوع يرجع إلى حياة المدبر، ونوع يرجع إلى ما بعد موته، أما الذي يرجع إلى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر إذا كان التدبير مطلقاً، وهذا عندنا، وعند الشافعي[١]: لا حكم له في حال حياة المدبر رأساً فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصوراً عليه.

وعلى هذا يبنى بيع المدبر المطلق أنه لا يجوز عندنا، وعنده جائز، ويجوز بيع المدبر المقيد بالإجماع.

احتج الشافعي بما روي عن عطاءٍ أنه قال: «**دبّر رَجُلٌ عبدَه فاحتاجَ فباعَهُ رسولُ الله ﷺ بثمانمائة درهم**»[٢] وأدنى درجات فعل رسول الله ﷺ الجواز، ولأن التدبير تعليق العتق بالشرط وأنه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وكالتدبير المقيد، ولأن فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما إذا أوصى بعتق عبده ثم باعه.

ولنا: ما روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**المُدبّرُ لا يُبَاعُ ولا يُوهَب**»[٣] وهو حر من ثلث المال وهذا نص في الباب.

وعن أبي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله ﷺ: «**نَهى عَنْ بيعِ المُدَبَّرِ**»[٤] ومطلق النهي يحمل على التحريم.

وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم مثل مذهبنا، وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح[٥] ومسروق[٦] وسعيد بن المسيب[٧] والقاسم بن محمد[٨] وأبي جعفر محمد بن علي[٩] ومحمد بن سيرين[١٠] وعمر بن عبد العزيز[١١]

---

(١) انظر «المهذب» (٢/٩).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» عن جابر كتاب كفارات الأيمان باب عتق المدبر رقم (٦٧١٦) ومسلم في «صحيحه» كتاب الأيمان باب جواز بيع المدبر رقم (٩٩٧).

(٣) أخرّجه الدارقطني في «السنن» كتاب المكاتب (٤/١٣٨) وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر من قوله.

(٤) انظر الحديث السابق.

(٥) شريح: تقدمت ترجمته.

(٦) تقدمت ترجمته.

(٧) سعيد تقدمت ترجمته.

(٨) القاسم بن محمد: بن أبي بكر الصديق أبو محمد: أحد الفقهاء السبعة في المدينة ولد سنة ٣٧ هـ وتوفي بغدير سنة ١٠٧ هـ حاجاً أو معتمراً وكان صالحاً من سادات التابعين. انظر الجرح والتعديل (٣/١١٨) و «الحلية» (٢/١٨٣).

(٩) أبو جعفر محمد بن علي: لعله محمد بن علي عبدالله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي القرشي. انظر الأعلام (٦/٢٧١).

(١٠) تقدمت ترجمته.

(١١) تقدمت ترجمته.

والشعبي[(١)] والحسن البصري[(٢)] والزهري[(٣)] وسعيد بن جبير[(٤)] وسالم بن عبد الله[(٥)] وطاوس[(٦)] ومجاهد[(٧)] وقتادة[(٨)] حتى قال أبو حنيفة: لولا قول هؤلاء الأجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر.

ولنا: لإثبات حق الحرية ضرورة الإجماع، ودلالة غرض المدبر، أما ضرورة الإجماع فهي أن الحرية تثبت بعد الموت بالإجماع، والحرية لا بد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلو إما أن يجعل سبباً للحال وإما أن يجعل سبباً بعد الشرط ولا سبيل إلى الثاني، لأنه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سبباً عند وجوده فكان الكلام السابق سبباً في الحال لثبوت الحرية بعد الموت، ولسنا نعني ثبوت حق الحرية للمدبر إلا هذا، وهذا يمنع جواز البيع، لأن البيع إبطال السببية إذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع.

وأما دلالة الغرض فهو أن غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت/ إما [تقرباً[(٩)] [ب/١٩١/ج] إلى الله عز وجل بالإعتاق لإعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث، وإما] حقاً لخدمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه في حياته لحاجته إليها ولا طريق لتحصيل الغرضين إلا بجعل التدبير سبعاً في الحال لثبوت الحرية بعد الموت إذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرضه في الانتفاع به، ولو لم ينعقد شيئاً رأساً لفات غرضه في العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك فكان انعقاده سبباً في الحال وتأخر الحرية إلى ما بعد الموت طريق إحراز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به إذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض.

فإن قيل: هذا مناقض لأصلكم، لأن التدبير تعليق العتق بالشرط، ومن أصلكم أن التعليقات ليست أسباباً للحال وإنما تصير أسباباً عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه، وههنا جعلتم التدبير سبباً لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الأصل، والتناقض في الأصل دليل فساد الفرع.

فالجواب: أن هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سبباً عند وجود الشرط، وفيما لم يرد المتكلم جعله سبباً

---

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) تقدمت ترجمته.

(٥) سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي: أحد الفقهاء السبعة بالمدينة المنورة ومن سادات التابعين وعلمائهم وثقاتهم توفي سنة ١٠٦ هـ انظر «**الحلية**» (٢/ ١٩٣) و«**تهذيب التهذيب**» (٣/ ٤٣٦).

(٦) طاوس بن كيسان الخولاني الهمداني بالولاء، أبو عبد الرحمن من أكابر التابعين تفقهاً في الدين ورواية للحديث وجرأة على وعظ الخلفاء والملوك ولد سنة ٣٣ وتوفي سنة ١٠٦ انظر «**الحلية**» (٤/ ٣).

(٧) مجاهد هو مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي، مولى بني مخزوم: تابعي مفسر من أهل مكة ولد سنة ٢١، قال الذهبي: شيخ القراء والمفسرين أخذ التفسير عن ابن عباس توفي وهو ساجد سنة ١٠٤ انظر «**الحلية**» (٣/ ٢٧٩) و «**الميزان**» (٣/ ١٩).

(٨) قتادة: هو ابن دعامة بن قتادة بن عزيز أبو الخطاب السدوسي البصري: مفسر حافظ حزير أكمة.
قال الإمام أحمد: قتادة أحفظ أهل البصرة ولد سنة ٦٠ هـ وتوفي سنة ١١٨ بواسطة الطاعون انظر تذكرة الحفاظ (١/ ١١٥) وغيرها.

(٩) سقط من المخطوط.

في الحال، وفي التعليق بسائر الشروط، وأمكن اعتباره سبباً عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بينا، وكذا في التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سبباً عند الشرط، وههنا أراد كونه سبباً في الحال لما قلنا فتعين سبباً للحال لثبوت الحرية في الثاني.

وأما حديث عطاء فيحتمل أن ذلك كان تدبيراً مقيداً، وقوله: ﴿باع﴾ حكاية فعل فلا عموم له، ويحتمل أن يكون معنى قوله: باع أي آجر إذ الإجارة تسمى بيعاً بلغة أهل المدينة، وهكذا روى محمد بإسناده أن النبيّ ﷺ: «باعَ خدمة مدبرٍ ولَمْ يَبعْ رَقَبَتَهُ»[1] ويحتمل أنه كان ذلك في ابتداء الإسلام حين كان بيع الحر مشروعاً على ما روي «أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ باعَ رَجُلاً بِدينِهِ»[2] يقال له سرق ثم صار منسوخاً بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر إلحاقاً للحق بالحقيقة في باب الحرمات.

وأما المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سبباً للحال، لأن الأمر متردد بين أن يموت من ذلك المرض وفي ذلك السفر أو لا يموت فكان الشرط محتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سبباً للحال كالتعليق بسائر الشروط، وكذا لما علق العتق بأمر يحتمل الوجود والعدم دل أنه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب إلى الله عز وجل بإعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة إذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة.

وأما قوله: إن في التدبير معنى الوصية فنعم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها في ضمن أمر لازم وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ، ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالإعتاق.

فإن قيل: هذا يشكل بالتدبير المقيد فإنه يتضمن معنى الوصية اللازمة، ومع هذا يجوز بيعه، قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وههنا بخلافه، وإذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق في الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز.

وعلى هذا تخريج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصاية به، لأنه تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه، لأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها، ويجوز إجارته لأنها لا تبطل هذا الحق، لأنها تصرف في المنفعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المدبر.

وقد روينا عن رسول الله ﷺ: «أنه بَاعَ خدمةَ المدبّر ولَمْ يَبعْ رَقبَتَهُ»[3] وبيع خدمة المدبر بيع منفعته، وهو معنى الإجارة، ويجوز الاستخدام، وكذا الوطء والاستمتاع في الأمة لأنها استيفاء المنافع، ويجوز تزويجها لأن التزويج تمليك المنافع.

---

(١) أخرجه الدارقطني في «السنن» رقم (١٣٨/٤).
(٢) أخرجه البيهقي بلفظ (باع مدبراً في دين...) في «السنن الكبرى» (١٠/ ٣١٤) والبخاري في الصحيح كفارات باب عتق المدبر رقم (٦٧١٦) ومسلم في «الصحيح» كتاب الأيمان باب جواز بيع المدبر رقم (٩٩٧).
(٣) تقدم تخريجه.

وعن عبد الله بن عمر: «أنه كانَ يَطَأُ مُدَّبَرَتَه»[1] ولأن الاستيلاد آكد من التدبير لأنه يوجب الحرمة من جميع المال والتدبير من الثلث، ثم الاستيلاد لا يمنع من الإجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطء والتزويج في الأمة فالتدبير أولى والأجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لأنها بدل المنافع والمنافع ملكه والأرش له لأنه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لأن رقبته لا تحتمل البيع لما بينا، ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه بالغة ما بلغت وجنايته على المولى وهو الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة، وإن كثرت الجنايات لما نذكر في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى، ويجوز إعتاقه لأنه إيصاله إلى حقيقة الحرية معجلاً، ولأن المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله إلى هذا المقصود فمن المحال أن يمنع من إيصاله/ إليه، ولهذا جاز إعتاقه أم الولد، كذا [أ/١٩٢/ج] المدبر ويجوز مكاتبته لأنه يريد تعجيل الحرية إليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة أم الولد، وولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فإنه روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «وَلَدُ المدَّبرَةِ بمنزلتِها يَعْتِقُ بِعِتْقِها ويُرَقُ بِرِقِهَا».

وروي: «أن عثمان رضي الله عنه خُوصِمَ إليه فِي أولادِ مُدَبرةٍ فَقَضى أنَّ مَا وَلَدَتْهُ قبلَ التَّدبير عبدٌ ومَا وَلَدَتْهُ بعدَ التدبير مدبّر» وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون إجماعاً وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة رضي الله عنهم، ولا يعرف في السلف خلاف ذلك، وإنما قال به بعض أصحاب الشافعي: فلا يعتد بقوله لمخالفته الإجماع ولأن حق الحرية يسري إلى الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من أقضية عثمان رضي الله عنه بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولأن حق الحرية لم يكن ثابتاً في الأم وقت الولادة حتى يسري إلى الولد.

ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها، فقال المولى: ولدتيه قبل التدبير فهو رقيق، وقالت هي: ولدته بعد التدبير فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه والبينة بينة المدبرة لأن المدبرة تدعي سراية التدبير إلى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع اليمين ويحلف على علمه، لأن الولادة ليست فعله والبينة بينة المدبرة، لأن فيهما إثبات التدبير.

ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدتيه قبل العتق وهو رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال إن كان الولد في يدها فالقول قولها، وإن كان في يد المولى فالقول قوله، لأنه إذا كان في يدها كان الظاهر شاهداً لها. وإذا كان في يده كان الظاهر شاهداً له، بخلاف المدبرة لأنها في يد المولى فكذا ولدها فكان الظاهر شاهداً له على كل حال وكان القول قوله.

ولو قال لأمة لا يملكها: إن ملكتك فأنت مدبرة وإن اشتريتك فأنت مدبرة فولدت ولداً ثم اشتراهما جميعاً فالأم مدبرة والولد رقيق، لأن الأم إنما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط في حق الولد وأنه منفصل فلا يسري إليه تدبير الأم والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يرجع إلى ما بعد موت المدبر، فمنها عتق المدبر، لأن عتقه كان معلقاً بموت المولى،

---

(١) أخرجه «عبد الرزاق» في «المصنف» برقم (١٦٦٩٨، ١٦٦٩٧) كتاب المدبر باب الرجل يطأ مدبرته.

والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط، ويستوي فيه المدبر المطلق والمقيد، لأن عتق كل واحد منهما معلق بالشرط إلا أن الشرط في المقيد الموت الموصوف بصفة، فإذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسواء كان الموت حقيقة أو حكماً بالردة بأن ارتد المولى عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب، لأن الردة مع اللحاق بدار الحرب تجري مجرى الموت في زوال الأملاك، وكذا المستأمن إذا اشترى عبداً في دار الإسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربي عتق مدبره، لأن الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكماً فكان بمنزلة الموت.

وكذا ولد المدبرة الذي ليس من مولاها لأنه تبعها في حق الحرية فكذا في حقيقة الحرية، ويستوي فيه المطلق والمقيد، لأن معنى التبعية لا يوجب الفصل.

ومنها: أن عتقه يحسب من ثلث مال المولى، وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم، وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين رضي الله عنهم.

وروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن عتقه من جميع المال وهو قول إبراهيم النخعي، وحماد[1] وجعلوه كأم الولد.

ولنا: ما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**المدبَّر لا يباع ولا يُوهَب**»[2] وهو حر من الثلث، ولأن التدبير وصية والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا، وسواء كان التدبير في المرض أو في الصحة لأنه وصية في الحالين، وسواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً لعموم الحديث إلا أنه خص منه المقيد في حق البيع والهبة فيعمل بعمومه في حق الاعتبار من الثلث، ولأن معنى الوصية توجد في النوعين وأنه يقتضي اعتباره من الثلث ويعتبر ثلث المال يوم موت المولى، لأن في الوصايا هكذا يعتبر، وإذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال، فإن كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وإن لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة.

هذا إذا لم يكن على المولى دين، فإن كان عليه دين يسعى في جميع قيمته في قضاء ديون المولى، لأن الدين مقدم على الوصية.

ومنها: أن ولاء المدبر للمدبر لأنه المعتق، وقد قال النبي ﷺ: «**الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[3] ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر، وإن عتق/ المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه [ب/١٩٢/ج] وعتق عليه وغرم نصيب شريكه من الولد والولاء بينهما، لأن حق الحرية ثابت في الحال عندنا وأنه يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل الفسخ.

---

(١) حماد: هو حماد بن سلمة أبي سليمان: مسلم ا،شعري، مولاهم، أبو اسماعيل الكوفي مات سنة ماء وعشرين أو قبلها انظر «التقريب» (١٥٠٠) ص ١٧٨و «الميزان» (١/ ٢٢٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

وكذا المدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان ولم يتغير الولاء عن الشركة في قول أبي حنيفة لما ذكرنا فيما تقدم، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: إذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما.

فصل: وأما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به الإعتاق البات وهو الإقرار والبينة، لأنه إثبات حق الحرية في الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو إثبات حقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر بالإثبات بالحال وذا يظهر بأحد هذين فكذا هذا، إذا عرف هذا فنقول إذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة قبلت بينته بلا خلاف، فإن لم يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد في قول أبي حنيفة، وعندهما يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا في الإعتاق البات إلا أن الشهادة على عتق الأمة تقبل من غير دعواه بالإجماع والشهادة على تدبير الأمة على الاختلاف، لأن تدبير الأمة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى.

ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه في الصحة فالشهادة باطلة في قول أبي حنيفة لأن المدعي مجهول وعندهما يقبل، ولو شهدا أن ذلك كان في المرض يقبل عنده استحساناً، والقياس أن لا يقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العتاق، ولو شهدا أنه قال هذا حر وهذا مدبر بعد موتي فقد صار مدبراً لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة لجهالة المدعي.

ولو شهدا أنه قال: هذا حر بعد موتي لا بل هذا كانا جميعاً مدبرين ويعتقان بعد موته من ثلثه، لأنه لما قال هذا حر بعد موتي فقد صار مدبراً، فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الأول وتدارك بالثاني ورجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما إذا قال لإحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه.

ولو شهدا أنه قال: هذا حر ألبتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما، لأنه أعتق الأول ثم رجع وتدارك بالثاني فالرجوع لا يصح، ويصح التدارك فصار الأول حراً والثاني مدبراً.

ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة فالشهادة باطلة لأن كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظاً ومعنى، أما اللفظ فلا شك فيه وأما المعنى فلأن الإعتاق البات إثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد؛ وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا في شرطه لأنهما شهدا على شيئين مختلفين كما في الإعتاق البات والله عز وجل أعلم وهو الموفق.

كتاب الاستيلاد

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في تفسير الاستيلاد لغة وعرفاً، وفي بيان شرطه وفي بيان صفته، وفي بيان حكمه، وفي بيان ما يظهر به، أما تفسيره لغة فالاستيلاد في اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس أنه طلب الهبة والإنس، وفي العرف هو تصيير الجارية أم ولد، يقال فلان استولد جاريته إن صيرها أم ولده.

وعلى هذا قلنا: إنه يستوي في صيرورة الجارية أم ولد، الولد الحي والميت لأن الميت ولد بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة به نفساء، وكذا لو أسقطت سقطاً قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحي الكامل الخلق في تصيير الجارية أم ولد، لأن أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط، وهو ما ذكرنا، وإن لم يكن استبان شيء من من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فإنها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبي حنيفة، لأنه ما لم يستبن خلقه لا يسمى ولداً وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال، ولأنه يحتمل أن يكون ولداً، ويحتمل أن يكون دماً جامداً أو لحماً فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك؛ وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا، وللشافعي[1] فيه قولان: في قول قال: يصب عليه الماء الحار، فإن ذاب فهو دم، وإن لم يذب فهو ولد، وفي قول قال: يرجع فيه إلى قول النساء، والقولان فاسدان لما ذكرنا في كتاب الطلاق.

ولو أقرّ المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية مني صارت أم ولد له، لأن الإقرار بالحمل إقرار بالولد إذ الحمل عبارة عن الولد، وروي عن أبي يوسف أنه قال إذا قال حمل هذه الجارية مني، أو قال هي حبلى مني، أو قال ما في بطنها من ولد فهو مني، ثم قال بعد/ ذلك لم تكن حاملاً وإنما كان ريحاً وصدقته الأمة [أ/١٩٣/ج] فإنهما لا يصدقان وهي أم ولد، لأنه أقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد، فإذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت إلى تصديقها، لأن في الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بإسقاط العبد، ولو قال ما في بطنها مني ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعد ذلك كان ريحاً وصدقته لم تصر أم ولد، لأن قوله ما في بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاد.

ولو قال المولى: إن كانت هذه الجارية حبلى فهو مني فأسقت سقطاً قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد لما بينا، فإن ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر صارت أم ولد له، ولأن الطريق إلى ثبوت نسب الحمل منه هذا لأن معنى قوله إن كانت حبلى فهو مني أي إني وطئتها فإن حبلت من وطء فهو مني، فإذا أتت

---

(١) انظر «الإشراف» (١/ ٣٧٥).

بعد هذه المقالة بولد لأقل من ستة أشهر تيقنا أنها كانت حاملاً حينئذ فثبت النسب والاستيلاد، فإن أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب، لأن الزوج إذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأته على الولادة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق. فإن جاءت لستة أشهر فصاعداً لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولد لأنا نعلم وجود هذا الحمل في ذلك الوقت لجواز أنها حملت بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك.

فصل: وأما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية أم ولد له فقد اختلف فيه، قال أصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد، وقال الشافعي[١]: سببه علوق الولد حراً على الإطلاق بعد اتفاقهم على أن حكم الاستيلاد في الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى.

والأصل فيه قول النبي ﷺ في جاريته مارية القبطية لما ولدت إبراهيم بن النبي عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدُها»[٢] والمراد منه التسبب أي ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا في جهة التسبيب فقال أصحابنا هي ثبوت نسب الولد. وقال الشافعي: هي علوق الولد حراً مطلقاً.

وجه قوله: أن الولد حر بلا شك وأنه جزء الأم وحرية الجزء تقتضي حرية الكل إذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقاً والجزء حراً كان ينبغي أن تعتق الأم للحال إلا أنه إنما لا تعتق، لأن الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الأم كما لو أعتق الجنين، فقلنا بثبوت حق الحرية في الحال وتأخر الحقيقة إلى بعد الموت عملاً بالشبهين.

ولنا: أن الوطء المعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيئاً واحداً وانخلاق الولد منه فكان الولد جزءاً لهما وبعد الانفصال عنها إن لم يبق جزءاً لها على الحقيقة فقد بقي حكماً لثبوت النسب، ولهذا تنسب كل الأم إليه بواسطة الولد، يقال أم ولده، فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الحرية للحال، فإذا بقيت حكماً ثبت الحق على ما عليه وضع مأخذ الحجج في ترتيب الأحكام على قدر قوتها وضعفها، وإلى هذا المعنى أشار عمر رضي الله عنه فقال: «أَبعدَ ما اختلطتْ لحومُكم بلحومهنَّ وَدِماؤكُمْ بدمائِهنَّ تُريدونَ بيعهنَّ».

ثم اختلف أصحابنا في كيفية هذا السبب، فقال علماؤنا الثلاثة: السبب هو ثبوت النسب شرعاً، وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقاً، سواء ثبت شرعاً أو حقيقة، وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا تزوج جارية إنسان فاستولدها ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا لأن سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب وقد ثبت فتحقق السبب إلا أنه توقف الحكم على وجود الملك فتعذر إثبات حكمه وهو حق الحرية في غير الملك كما يتعذر إثبات الحقيقة في غيره فتأخر الحكم إلى وقت الملك.

وعند الشافعي[٣]: لا تصير أم ولد له. وهو قول إبراهيم النخعي، لأن السبب عنده علوق الولد حراً

(١) انظر «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ١٩٠).

(٢) أخرجه الدارقطني في «السنن» كتاب المكاتب (٤/ ١٣١) وابن ماجه في «السنن» كتاب العتق باب أمهات الأولاد برقم (٢٥١٦). والحاكم في «المستدرك» رقم (٢/ ١٩) كتاب البيوع.

(٣) انظر «المدونة» (٣/ ٣٢٠) و «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ١٩٠).

على الإطلاق ولم يوجد، لأن الولد رقيق في حق مولاه، وإذا ملك ولده الذي استولده عتق عليه بالإجماع. أما عندنا فلأنه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق، وأما عنده فلأنه ملك ولداً ثابت النسب منه شرعاً.

وكذلك إذا ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطء بشبهة ثم ملكها فقد صارت أم ولد له حين ملكها عندنا لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب، ولو ملك الولد عتق لما قلنا.

[ب/١٩٣/ج] ولو زنى بجارية فاستولدها بأن قال زنيت بها أو فجرت بها، أو قال هو ابني من زنا أو فجور/ وصدقه وصدقه مولاها فولدت ثم ملكها لم تصر أم ولد له عند أصحابنا الثلاثة وهو استحسان.

والقياس: أن تصير أم ولد له، وهو قول زفر بناء على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقاً، وقد ثبت النسب حقيقة بدليل أنه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا، والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعاً ولم يثبت.

فصل: وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعاً وهو الفراش ولا فراش إلا بملك اليمين أو شبهة أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الأمة فراشاً في ملك اليمين بنفس الوطء بل بالوطء مع قرينة الدعوى عندنا؛ وهي من مسائل كتاب الدعوىٰ فلا يثبت الاستيلاد بدون الدعوىٰ، ويستوي في الاستيلاد ملك القنة والمدبرة لاستوائهما في إثبات النسب إلا أن المدبرة إذا صارت أم ولد بطل التدبير، لأن أمية الولد أنفع لها.

ألا ترى أن أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى، ويستوي في ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها.

وكذا في الاستيلاد حتى لو أن جارية بين اثنين علقت في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية، ويستوي في هذا الضمان اليسار والإعسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً.

أما ثبوت النسب: فلحصول الوطء في محل له فيه ملك لأن ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره، والنسب لا يتجزأ، وإذا ثبت في بعضه ثبت في كله ضرورة عدم التجزي، ولأن النسب ثبت بشبهة الملك فلأن يثبت بحقيقة الملك أولى.

وأما صيرورة الجارية كلها أم ولد له فالنصف قضية للتسبب، لأن نصف الجارية مملوك له، والنصف الآخر إما باعتبار أن الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه، فإذا ثبت في البعض يثبت في الكل لضرورة عدم التجزي، وإما باعتبار أنه وجد سبب التكامل وهو النسب على كونه متجزئاً في نفسه، لأن سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب، والنسب لا يتجزأ والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاد وفي نصيبه قضية للسبب، ثم يتكامل في الباقي بسبب النسب، وإما باعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف في الخلافيات، ثم لا سبيل إلى التكامل بدون ملك نصيب شريكه، فيصير متملكاً نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد في ذلك النصيب، ولا سبيل إلى تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل، وهو نصف قيمتها، وإنما استوى في هذا الضمان حالة اليسار والإعسار، لأنه ضمان ملك كضمان المبيع.

وأما وجوب نصف العقر فلوجود الإقرار منه بوطء ملك الغير وإنه حرام إلا أن الحد لم يجب لمكان شبهة اختصاص الوطء في ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر، ولا يدخل العقر في ضمان القيمة، لأن ضمان نصف القيمة ضمان الجزء، وضمان البضع ضمان الجزء، ولأن منافع البضع لها حكم الأجزاء وضمان الجزء لا يدخل في مثله.

وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلأنه يملك نصيب شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جارياً على ملكه فلا يكون مضموناً عليه، ولأن الولد في حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان، ولأنه كان بمنزلة الأوصاف فلا يفرد بالضمان، ويستوي في ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولد ملك الذات وملك اليد، كالمكاتب إذا استولد جارية من إكسابه على ما نذكر في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى، ويستوي في دعوىٰ النسب حالة الصحة والمرض، لأن النسب من الحوائج الأصلية.

وكذلك إذا ادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج القول منهما معاً فعتقه باطل ودعوىٰ صاحبه أولى، لأن الدعوى استندت إلى حالة متقدمة وهي العلوق، والعتق وقع في الحال فصارت الدعوىٰ أسبق من الإعتاق فكانت أولى. وإن ادعياه جميعاً فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما، تخدم لهذا يوماً ولذاك يوماً، ولا يضمن واحد منهما من قيمة الأم لصاحبه شيئاً، ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصاً.

أما ثبوت النسب منهما فمذهبنا.

وعند الشافعي[1]: يثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة، وهي من مسائل كتاب الدعوى، وأما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد فلثبوت نسب ولدها منه فصار كأنه/ انفرد بالدعوىٰ، وإنما [أ/١٩٤/ج] لا يضمن أحدهما للآخر شيئاً من قيمة الأم، لأن نصيب كل واحد منهما لم ينتقل إلى شريكه، وإنما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الإقرار بالوطء في ملك الغير فيصير أحدهما قصاصاً للآخر لعدم الفائدة في الاستيفاء.

وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة، فادعوه جميعاً معاً يثبت نسبه منهم وتصير الجارية أم ولد لهم في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يثبت النسب من أكثر من اثنين، وعند محمد من أكثر من ثلاثة، ونذكر الحجج في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى.

وإن كانت الأنصباء مختلفة بأن كان لأحدهم السدس والآخر الربع والآخر الثلث ولآخر ما بقي يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم، لأن كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه في نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره.

ولو كانت الأمة بين الأب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعاً معاً، أو كانت بين حر وعبد فادعياه، أو بين حر ومكاتب، أو بين مكاتب وعبد، أو بين مسلم وذمي، أو بين كتابي ومجوسي، أو بين عبد مسلم أو

(١) انظر «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ١٨٩).

مكاتب مسلم وبين حر كافر، أو بين ذمي ومرتد، فحكمه يذكر في كاتب الدعوى.

هذا إذا كان العلوق في ملك المدعيين، فإن لم يكن بأن اشترياها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو كلاهما، فهو من مسائل الدعوىٰ نذكره هناك إن شاء الله تعالى.

وكذا إذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين، فادعى كل واحد منهما ولداً ولدتهما في بطن أو بطنين والدعوتان خرجتا معاً أو على التعاقب، وكذا إذا ولدت جارية لإنسان ثلاث أولاد، فادعى أحدهم وهم ولدوا في بطن واحد أو في بطون مختلفة وادعى المولى أحدهما بعينه أو بغير عينه فحكم هذه الجملة في كتاب الدعوى، وكذا دعوىٰ الأب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوىٰ اللقيط مع فصولها تذكر ثمة إن شاء الله تعالى.

أمة بين رجلين أقر أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك صاحبه، قال أبو حنيفة يبطل حق الشاهد في رقبتها، موسراً كان المشهود عليه أو معسراً، وتخدم المشهود عليه يوماً ويرفع عنها يوماً، فإن مات المشهود عليه سعت لورثته وكانت في حال السعاية كالمكاتبة، فإن أدت عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه والنصف لبيت المال، وهو قول أبي يوسف الآخر، وقال محمد يسعى الساعة في نصف قيمتها للمشهود عليه، فإذا أدت فهي حرة لا سبيل لأحد عليها وجه قوله أن المقر قد أفسد على شريكه ملكه بإقراره، لأنه لما لم يصدقه الشريك انقلب إقراره على نفسه؛ فمن اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان قد أعتقه وأنكر البائع أنه ينقلب إقراره عليه ويجعل معتقاً، كذا ههنا، وإذا انقلب إقراره على نفسه صار مقراً بالاستيلاد في نصيبه، ومتى ثبت في نصيبه ثبت في نصيب صاحبه لأنه لم يتجزأ فقد أفسد نصيب صاحبه، لكن لا سبيل إلى تضمينه لأن شريكه قد كذبه في إقراره فكان لشريكه السعاية، كما لو أعتق المقر نصيبه وهو معسر، وإذا سعت في نصيبه وعتق نصيبه يعتق الكل لعدم تجزي العتق عنده، ولهما أن المقر بهذا الإقرار يدعي الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية لأن الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل النقل والملك ويجب الضمان فيه على الشريك في حالة اليسار والإعسار، ودعوى الضمان توجب براءة الأمة عن السعاية فبطل حقه في رقبتها وبقي حق المنكر في نصيبه كما كان، ولأن المقر لا يخلو إما أن كان صادقاً في الإقرار، وإما أن كان فيه كاذباً، فإن كان صادقاً كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام، وإن كان كاذباً كانت الجارية بينهما على ما كانت قبل الإقرار، فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين، واعتبار هذا المعنى يوجب أن لا سعاية عليها أيضاً، فأما المقر فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة لزعمه أن كل الخدمة لشريكه، إلا أن شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع هذه الجارية متعذر، لأنّ الشاهد أقر أنها أم ولد، وحين ما أقر كان له ملك فيها في الظاهر فينفذ إقراره في حقه، وإذا مات المشهود عليه فإنها تسعى في نصف/ قيمتها لورثته. لأن في زعم الشاهد أنها عتقت بموت صاحبه لزعمه أنها أم ولد صاحبه، والأمة المشتركة بين اثنين إذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية، وإن كذبه صاحبه في الإقرار كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لأنه عتقت على ملكه ووقف النصف الآخر، لأن المقر أقر أنه للمشهود عليه، والمشهود عليه رد عليه إقراره فلا يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال، فإن جاءت بولد فقال أحدهما: هو ابن الشريك وأنكر الشريك، فالجواب في الأم كذلك، وأما الولد فيعتق ويسعى في نصف قيمته للمشهود عليه، لأن

[ب/١٩٤/ج]

الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة شريكه، وأحد الشريكين إذا شهد على الآخر بالعتق وأنكر الآخر يسعى العبد للمشهود عليه، وفي مسألتنا لا يسعى للشاهد لأنه أقر أنه حر الأصل وأنه لا سعاية عليه.

ونظير هذه المسألة ما روى بشر عن أبي يوسف في جارية بين شريكين ادعى أحدهما أن شريكه دبرها وأنكر الشريك فإن أبا حنيفة قال الشاهد بالخيار إن شاء دبر فخدمته يوماً والآخر يوماً، وإن شاء أمسك ولم يدبر فخدمته يوماً والآخر يوماً، وإن شاء استسعاها في نصف قيمتها، فسعت له يوماً وخدمت الآخر يوماً، فإذا أدت فعتقت سعت للآخر، وكان قول أبي يوسف في ذلك أنها كأم الولد، ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة إلا في تبعيض التدبير، وقال محمد: تسعى الساعة.

وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا في الاستيلاد، وهو أن الشريك لما لم يصدقه في إقراره انقلب عليه إقراره وثبت التدبير في نصيبه، وأنه يتعدى إلى نصيب المنكر لعدم تجزي التدبير عنده فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر إيجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه إياه فتسعى الجارية له، كما لو أنشأ التدبير في نصيبه ومن أصل أبي حنيفة أن التدبير يتجزأ، فلا يصير نصيبه بإقراره بالتدبير على صاحبه مدبراً، كما لو دبر أحد الشريكين نصيبه أنه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير والاستسعاء والترك على حاله، إلا أن ههنا لو اختار السعاية فإنما يستسعاها يوماً ويتركها يوماً ولأنه لا يملك جميع منافعها فلا يملك أن يستسعي إلا على مقدار حقه، فإذا أدت عتق نصيبه ويسعى للمنكر في نصيبه، لأنه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر فكان له أن يستسعي، وأبو يوسف وافق أبا حنيفة إلا أنه يقول إن التدبير يتجزأ فهو بدعوى التدبير على شريكه يدعي الضمان عليه، موسراً كان أو معسراً، فكان مبرئاً للأمة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه والله عز وجل أعلم.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه إذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه، أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الأمة، موسرين كانا أو معسرين، لأن كل واحد منهما يدعي حق الحرية من جهته والإبراء للأمة من السعاية ويدعي الضمان على شريكه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. فأما محمد فوافق أبا حنيفة في هذا الفصل لأن كل واحد من الشريكين ههنا أبرأ الأمة من السعاية وادعى الضمان على شريكه وروى المعلى عن أبي يوسف في عبد بين شريكين قال أحدهما للآخر هذا ابني وابنك أو ابنك وابني، فقال الآخر: صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد في «**الزيادات**» في صبي لا يعقل في يد رجلين قال أحدهما: للآخر هو ابني وابنك وصدقه صاحبه، وإنما كان كذلك لأنه لما قال هو ابني فكما قال ذلك ثبت نسبه منه لوجد الإقرار منه بالنسب في ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك.

قال محمد: لو قال هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابني معك فهو موقوف، فإن قال صاحبه هو ابني دونك فهو كما قال لأنه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر إقراره ووقف على التصديق، فقوله بعد ذلك هو ابني يتضمن إبطال الإقرار فلا يسمع، فإذا وجد التصديق من المقر له ثبت النسب منه، قال فإن قال المقر له ليس بابني ولكنه ابنك، أو قال ليس بابني ولا ابنك. أو قال ليس يا بني وسكت فليس بابن/ لواحد منهما في قياس قول أبي حنيفة، وقال محمد إن صدقه فهو ابن المقر له وإن كذبه فهو ابن [١/١٩٥ج]

المقر، فهذا فرع اختلافهم فيمن أقر بعبد أنه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى أنه لم تصح دعوته في قول أبـي حنيفة وفي قولهما: تصح، وجه قولهما أنه لما كذبه المقر له فقد بطل إقراره كما في الإقرار بالمال، وإذا بطل إقراره التحق بالعدم فجاز أن يدعيه لنفسه، ولأبـي حنيفة أنه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم أنه ثابت النسب منه، فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا في حق الشريك، بل بقي ثابت النسب منه في حقه، فإذا ادعى ولداً هو ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هو ابني وابنك فهو من الثاني، لأنه لما قال هو ابني فقد صدقه فقد ثبت نسبه منه فإقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح.

قال محمد: فإن كان هذا الغلام يعقل فالمرجع إلى تصديقه لأنه إذا كان عاقلاً كان في يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه، قال وإن كان الولد من أمة ولدته في ملكهما فالجواب كالأول في النسب أن على قول أبـي حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه، وعلى قولهما يثبت، قال: والأمة أم ولد لمن ثبت النسب منه، لأن الاستيلاد يتبع النسب.

ومن هذا النوع ما إذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد في ملكهما لستة أشهر فصاعداً وادعى أحدهما: أن الولد ابنه، وادعى الآخر أن الجارية بنته وخرجت الدعوتان معاً فالدعوىٰ دعوىٰ من يدعي الولد ودعوة مدعي الأم باطلة لأن مدعي الولد دعوته دعوىٰ الاستيلاد والاستيلاد يستند إلى وقت العلوق ومدعي الأم دعوة تحرير والتحرير يثبت في الحال ولا يستند فكانت دعوىٰ مدعي الولد سابقة فثبت نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية أم ولد له وينتقل نصيب شريكه منها إليه فكان دعوى الشريك دعوى فيما لا يملك فلا يسمع وهل يضمن مدعي الولد بنصف قيمة الأم ونصف عقرها، قال محمد: يضمن.

وذكر في «**الجامع الكبير**»: أن هذا قياس قول أبـي حنيفة وهي رواية بشر بن الوليد عن أبـي يوسف، وروى ابن سماعة عن أبـي يوسف أنه لا شيء على مدعي الولد من قيمة الأم ولا من العقر ولا شيء له أيضاً على مدعي الأم فإن أكذب مدعي الأم نفسه فله نصف قيمة الأم ونصف عقرها على مدعي الولد، وذكر الكرخي أن هذا القول أقيس.

ووجهه: أن مدعي الأم أقر أنها حرة الأصل فكان منكراً ضمان القيمة فلا يثبت له حق التضمين، فإن رجع عن دعواه وأكذب نفسه ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه.

وجه قول أبـي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبـي يوسف: أنه لما ثبت نسب الولد من المدعي فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد فكذا نصيب شريكه لعدم تجزي الجارية في حق الاستيلاد فيما يحتمل النقل فصار متلفاً نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال الغير إلا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الأم ويضمن له نصف عقر الجارية أيضاً، لأن الوطء لاقاها ونصفها مملوك للشريك فما صادف ملك غيره يجب به العقر.

وأما قوله: إن مدعي الأم أقر أنها حرة الأصل فالجواب من وجهين: أحدهما: أنه لما قضى بكونها أم ولد للمدعي فقد صار مكذباً شرعاً فبطل كما لو ادعى المشتري أنه اشترى الدار بألف وادعى البائع البيع بألفين وأقام البائع البينة وقضى القاضي بألفين على المدعي عليه أن الشفيع يأخذها بالألفين من المشتري وإن

سبق من المشتري الإقرار بالشراء بألف لما أنه كذبه شرعاً كذا هذا والثاني: إن إقراره بحريتها وجد بعدما حكم بزوالها عن ملكه لأنها جعلت زائلة عنه من وقت العلوق فلم يصح إقراره فلم يصر إقراره إبراء إياه عن الضمان كما في مسألة الشفيع.

ومن مسائل دعوى الولد إذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه صدقته أم كذبته، وسواء جاءت بالولد لستة أشهر أو لأكثر أو لأقل، فإن نسب الولد يثبت على كل حال إذا ادعاه؛ لأن المكاتبة باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكاً له دعوىٰ المولى ولد أمته لا تقف صحتها على التصديق وعتق الولد، لأن نسبه ثبت من/ المولى ولا ضمان عليه فيه لأن غرض المكاتبة من [ب/١٩٥/ج] الكتابة عتقها وعتق أولادها، وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن لها شيئاً ثم إن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر فعليه العقر لأنه تبين أن الوطء حصل في حال الكتابة.

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لأنه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتبة بالخيار إن شاءت مضت على كتابتها، وإن شاءت عجزت، لأن الحرية توجهت إليها من جهتين ولها في كل واحدة منهما غرض صحيح لأن بالكتابة تتعجل لها الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيداً فكان لها أن تختار أيهما شاءت.

وإن ادعى المولى ولد جارية المكاتب له وقد علقت به في ملك المكاتب فإنه يرجع إلى تصديق المكاتب، فإن كذب المولى لم يثبت نسب الولد ولا تصير الجارية أم ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين، وإن صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد.

وذكر محمد في «**الزيادات**» ولم يحك خلافاً، وكذا ذكر في الدعاوى إلا أنه قال: أستحسن ذلك إذا كان الحبل في ملك المكاتب، وهذا يشير إلى أن القياس أن لا يعتق الولد، وإن صدقه المكاتب وهو رواية عن أبي يوسف، وروى ابن سماعة في «**نوادره**» عن أبي يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب، وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذا مع التصديق، لأن المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك التصديق بالحرية أيضاً.

وجه الرواية الأخرى لأبي يوسف: أن حق الرجل في مال مكاتبه أقوى من حقه في مال ولده فلما ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق فههنا أولى.

وجه ظاهر الرواية: أن حق المكاتب في كسبه أقوى من حق المولى بدليل أنه لا يملك النزع من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة الأجنبي فتقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فإن صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لأنه يشبه ولد المغرور لثبوت الملك في الأم من وجه دون وجه، لأن ملك الذات في المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمغرور أنه يثبت الملك في الأم ظاهراً وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة.

قال محمد في «**الزيادات**»: إذا اشترى المكاتب أمة حاملاً فادعى مولاها ولدها أو اشترى عبداً صغيراً فادعاه لم يجز دعوته إلا بالتصديق كما في المسألة الأولى إلا أن هناك إذا صدقه يثبت النسب ويعتق، وههنا

إن صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لأن تلك الدعوة دعوة استيلاد لعدم العلوق في الملك فكانت دعوى تحرير والمولى لا يملك تحريره ألا ترى، أنه لو أعتقه لا تصح إلا أن النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق، ألا ترى أن من ادعى ولد أمة أجنبي فصدقه مولاه يثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ههنا.

فصل: وأما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد كالتدبير، وعند أبي حنيفة هو متجزىء إلا أنه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو إمكان التكامل، وقيل إنه لا يتجزأ عنده أيضاً لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه، وأما فيما لا يحتمل فهو متجزىء عنده.

وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم في الأمة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما أن كلها صارت أم ولد له، وإن ادعياه جميعاً صارت أم ولد لهما جميعها ثم أم الولد الخالصة إذا أعتق المولى نصفها عتق كلها بالإجماع.

وكذا إذا كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف لكن عندهما لعدم تجزي الإعتاق وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاد في الباقي لا بإعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا في كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة، وستأتي المسألة في موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم إن شاء الله تعالى.

ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعي أم ولد له ونصيب الآخر بقي مدبراً على حاله، وإن كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعي أم ولد عند أبي حنيفة وتبقى الكتابة، وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعي وتفسخ الكتابة في النصف وهي من/ مسائل كتاب المكاتب. [أ/١٩٦/ج]

فصل: وأما حكم الاستيلاد فنوعان أيضاً كحكم التدبير:

أحدهما: يتعلق بحال حياة المستولد.

والثاني: يتعلق بما بعد موته.

أما الأول: فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء.

وقال بشر بن غياث المريسي، وداود بن علي الأصفهاني إمام أصحاب الظاهر: لا حكم له في الحال، وعلى هذا تبتني جملة من الأحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة، وعندهما يجوز.

واحتجا بما روي عن جابر بن عبد الله أنه قال: «**كنَّا نَبيعُ أمَّهاتِ الأَولادِ عَلَى عَهدِ رَسُول اللَّهِ ﷺ**»[1]، ولأنها مملوكة له بدليل أنه يحل له وطؤها ولا يحل الوطء إلا في الملك، وكذا تصح إجارتها وكتابتها، فدل أنها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة.

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب العتق باب في عتق أمهات الأولاد برقم (٣٩٥٤).
وابن ماجه في «السنن» كتاب العتق باب أمهات الأولاد برقم (٢٥١٧) وابن حبان (١٠/ ٤٣٢٣) كتاب العتق باب أم الولد.
وأحمد في «المسند» (٣/ ٣٢١).
وأخرجه عن أبي سعيد الخدري: أحمد في «المسند» (٣/ ٢٢) ونسبه في تحفة الأشراف للنسائي في «الكبرى» ورقمه فيها (٣٩٨٠).

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أُمُّ الوَلَدِ لا تُبَاعُ ولا تُوهَبُ**»[١] وهي حرة من جميع المال وهذا نص في الباب، وروي عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قال في أم إبراهيم عليه السلام: «**أَعْتَقَها وَلَدَها**»[٢] فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه إلا أنه تأخر ذلك إلى ما بعد الموت بالإجماع فلا أقل من انعقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه وكل ذلك عدم يمنع جواز البيع.

وروي أن سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الأولاد؟.

فقال: إن الناس يقولون إن أول من أمر بعتق أمهاتِ الأَولادِ عمرُ بنُ الخطّاب[٣] وليس كذلك لكن رسول الله ﷺ أول من أعتقهن ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين.

وعن سعيد بن المسيب: «**أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يُبَعْنَ في الدَّين، ولا يجعلنَ في الثلثِ**»[٤]، وكذا جميع التابعين على أنه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر وأصحاب الظواهر مخالفاً للإجماع فيكون باطلاً، ومن مشايخنا من قال عليه إجماع الصحابة أيضاً لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن بيع أمهات الأولاد فقال كان رأيي ورأي عمر أن لا يبعن ثم رأيت بيعهن، فقال له عبيدة السلماني رأيك مع الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك، وفي رواية أخرى عن علي رضي الله عنه اجتمع رأيي ورأي عمر في ناس من أصحاب رسول الله ﷺ على عتق أمهات الأولاد ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن في الدين، فقال عبيدة رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك في الفرقة فقول عبيدة في الجماعة إشارة إلى سبق الإجماع من الصحابة رضي الله عنهم ثم بدا لعلي رضي الله عنه فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الإجماع ما لم ينقرض العصر.

ومنهم من قال: كانت المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فكان علي وجابر رضي الله عنهما يريان بيع أم الولد لكن التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز والإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف في أصول الفقه، ولأن أم الولد تعتق عند موت السيد بالإجماع ولا سبب سوى الاستيلاد السابق فعلم أنه انعقد سبباً للحال لثبوت الحرية بعد الموت وأنه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير.

وأما حديث جابر رضي الله عنه فيحتمل أنه أراد بالبيع الإجارة، لأنها تسمى بيعاً في لغة أهل المدينة ولأنها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، ويحتمل أنه كان في ابتداء الإسلام حينما كان بيع الحر مشروعاً ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وأما قوله: إنها مملوكة للمستولد فنعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلاً

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» من قول عمر (أيما وليدة. . .».
وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٣٤٦) بلفظ «أيما رجل ولدت. .».
وقال البيهقي: وغلط فيه بعض الرواة عن عبد الله بن دينار فرفعه إلى النبي ﷺ وهو وهم لا يحل روايته.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) مرَّ في حديث جابر المتقدم.
(٤) قال الزيلعي فيه: غريب وساق بعد ذلك أحاديث من الباب. انظر «نصب الراية» (٣/٢٨٨) باب الاستيلاد.

ورأساً، وهذا القدر يكفي للمنع من جواز البيع لما ذكرنا في كتاب التدبير، وسواء كان المستولد مسلماً أو كافراً مرتداً أو ذمياً أو مستأمناً خرج إلى ديارنا ومعه أم ولده لا يجوز له بيعها لأنها أم ولد، لأن أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب، ولما دخل المستأمن من دار الإسلام بأمان فقد رضي بحكم الإسلام، ومن حكم الإسلام أن لا يجوز بيع أم الولد، وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاد لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن، لأن هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق، وما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالإجارة والاستخدام والاستسعاء والاستغلال والاستمتاع والوطء، لأنها تصرف في المنفعة لا في العين والمنافع/ [ب/١٩٦/ج] مملوكة له والأجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لأنها بدل المنفعة والمنافع على ملكه.

وكذا ملك العين قائم، لأن العارض وهو التدبير لم يؤثر إلا في ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك اليمين قائماً وإنما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق، وهذه التصرفات لا تبطله، وكذا الأرش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها لأن التزويج تمليك المنفعة، ولا ينبغي أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسداً ويصير الزوج بالوطء ساقياً ماءه زرع غيره فكان التزويج تعريضاً للفساد فينبغي أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع.

ولو زوجها فولدت لأقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لأنه تبين أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج، لأن الزوج له فراش «**وَالوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**» على لسان رسول الله ﷺ ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح. فإن ادعاه المولى وقال هذا ابني لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تضح دعوته لكنه يعتق عليه لأنه في ملكه وقد أقر بحريته فيعتق عليه وإن لم يثبت نسبه منه كما إذا قال لعبده هذا ابني وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد أم الولد يثبت من المولى من غير دعوىٰ عند عدم الحرية إلا إذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه إلا بالدعوىٰ وإنما قلنا إنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوىٰ عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لأنها صارت فراشاً بثبوت نسب ولدها والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوىٰ.

قال النبي ﷺ: «**الوَلَدُ لِلفِرَاشِ**»[1] بخلاف الأمة القنة أو المدبرة لأنه لا يثبت نسب ولدها وإن حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوىٰ عندنا فلا تصير فراشاً بدون الدعوىٰ ثم إنما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوىٰ دون ولد القنة والمدبرة، لأن الظاهر أن ولد أم الولد من المولى لأنه لا يتحرز عن الإعلاق إذ التحرز لخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر أن لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة إلى الدعوىٰ بخلاف القنة والمدبرة، فإن هناك الظاهر أنه لا يعلقها بل يعزل عنها تحرزاً عن إتلاف المالية فلم يعلم أنه منه إلا بالدعوىٰ فلا يثبت النسب إلا بالدعوة فهو الفرق والله عز وجل أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

أمها أو بنتها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذي أتت به بعد التحريم من غير دعوىٰ، لأن الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطء كالنفي دلالة، وإن ادعى يثبت النسب، لأن الحرمة لا تزيل الملك.

وذكر القدوري في «شرحه مختصر الكرخي» أصلاً فقال إذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحرة ويزيل فراشها مثل المسائل التي ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها إلا أن يدعيه، لأن فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة فلأن تقطع فراش أم الولد أولى.

وكذلك إذا زوجها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لأنها صارت فراشاً للزوج فيستحيل أن تصير فراشاً لغيره إلا أنه إذا ادعى يعتق عليه كما إذا قال لعبده وهو معروف النسب من الغير هذا ابني، وإن حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة لا يزيل فراشها مثل الحيض والنفاس والإحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه، لأنه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفي ولد أم الولد من غير لعان.

أما النفي فلأنه يملك العزل عنها بغير رضاها، فإذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملك فكان مصدقاً.

وأما النفي من غير لعان فلأن فراش أم الولد أضعف من فراش الحرة، وهذا أصل يذكر في كتاب الدعوى أن الفرش ثلاثة: قوي وضعيف ووسط فالقوي هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفي إلا باللعان والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوىٰ والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوىٰ وينتفي من غير لعان لأنه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفي بخلاف فراش الزوج، ثم إنما ينتفي بالنفي إذا لم يقض به/ القاضي أو لم تتطاول المدة، فأما إذا قضى [١٩٧/أ/ج] القاضي به أو تطاولت المدة فلا ينتفي، لأنه يتأكد بقضاء القاضي فلا يحتمل النفي بعد ذلك، وكذا تطاول المدة من غير ظهور النفي إقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفي بالنفي، ولم يقدر أبو حنيفة لتطاول المدة تقديراً، وأبو يوسف ومحمد قدراه بمدة النفاس أربعين يوماً، وقد ذكرناه في كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الأم بأن زوج أم ولده فولدت ولداً لستة أشهر فصاعداً من وقت التزويج لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، وقد ثبت حق الحرية في الأم فيسري إلى الولد فكان حكمه حكم الأم في جميع الأحكام.

هذا إذا استولد جارية في ملكه، فإن كان استولدها في ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج آخر بأن استولدها ثم فارقها فزوجها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يوماً من الدهر وولدها صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا ولا يصير ولدها ولد أم ولد حتى يجوز بيعه في قول أصحابنا الثلاثة؛ وقال زفر إذا ملك من ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الأم.

وجه قوله: أن الاستيلاد وإن كان في ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا وإنما صارت أم ولد بالعلوق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الأم فإذا ملكه يثبت فيه الحكم الذي يثبت في الأم.

ولنا: أن الاستيلاد في الأم وهو أمية الولد شرعاً إنما تثبت وقت ملك الأم والولد منفصل في ذلك

الوقت والسراية لا تثبت في الولد المنفصل ويتعلق الدين بكسبها لا برقبتها لأنها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى في ديونها بالغة ما بلغت لأن الدين عليها لا في رقبتها وأرش جنايتها على المولى وهو الأقل من قيمتها ومن الأرش وليس على المولى إلا قدر قيمتها، وإن كثرت الجنايات كالمدبر، ويجوز إعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية.

ولو أعتق المولى نصفها يعتق كلها، وكذا إذا كانت مشتركة بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف ومحمد إن كان المعتق موسراً ضمن لشريكه، وإن كان معسراً سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق، ولو مات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالإجماع، لأنه لا صنع له في الموت، ويقع الاختلاف في السعاية عند أبـي حنيفة لا سعاية عليها، وعندهما عليها السعاية.

وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد أنها لا تضمن في قول أبـي حنيفة، وعندهما تضمن ولا خلاف في المدبرة أنها تضمن بهذه الأسباب، ولقب المسألة أن أم الولد هل هي متقومة من حيث إنها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة، وعندهما متقومة.

وأجمعوا على أنها متقومة من حيث إنها نفس ولا خلاف في أن المدبر متقوم من حيث إنه مال، وربما تلقب المسألة بأن رق أم الولد هل له قيمة أم لا، ذكر محمد في «**الإملاء**» أنها تضمن في الغصب؛ عند أبـي حنيفة كما يضمن الصبـي الحر إذا غصب يعني إذا مات عن سبب حادث بأن عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك.

وجه قولهما: أن أم الولد مملوكة للمولى، ولا شك، ولهذا يحل له وطؤها وإجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم، لأن الاستيلاد له لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب والإعتاق والقبض في البيع الفاسد كالمدبر.

والدليل على أن رقها متقوم أن أم ولد النصراني إذا أسلمت تخرج إلى العتاق بالسعاية فلولا أن ماليتها متقومة لعتقت مجاناً ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلاً عن ماليتها، وكذا يجوز للمولى أن يكاتبها والاعتياض إنما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه أنها تضمن بالقتل بالإجماع.

ولأبـي حنيفة: قول النبـي ﷺ لمارية لما ولدت إبراهيم عليه السلام: «**أعتقها ولدها**»[1]. فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في حق جميع الأحكام إلا أنه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالإجماع ولا إجماع في التقويم فكانت حرة في حق التقويم بظاهر الحديث، وكذا سبب العتق للحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لأن ذلك يوجب الاتحاد بين الواطىء/ والموطوءة ويجعلهما نفساً واحدة فقضيته [ب/١٩٧/ج] ثبوت العتق للحال في جميع الأحكام إلا أنه لم يظهر في سائر الأحكام بالإجماع فيظهر في حق سقوط التقوم بخلاف المدبر لأن هناك السبب وهو التدبير أضيف إلى ما بعد الموت، لأن التدبير إثبات العتق عن دبر إلا أنه جعل سبباً للحال لضرورة ذكرناها في بيع المدبر، والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة والضرورة في

(١) تقدم تخريجه.

حرمة البيع لا في سقوط التقوم، وههنا الأمر على القلب من ذلك، لأن السبب يقتضي الحكم للحال والتأخر على خلاف الأصل، والدليل على أنها غير متقومة من حيث إنها مال لأنها لا تسعى لغريم ولا لوارث، ولو كانت متقومة من حيث إنها مال لثبت للغريم حق فيها وللوارث في ثلثيها فيجب أن يسعى في ذلك كالمدبر والسعاية مبنية على هذا الأصل، لأن استسعاء العبد يكون بقيمته ولا قيمة لأم الولد فلا سعاية عليها، وأما قوله إن ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاد والعصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضي التقوم كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة، وأما أم ولد النصراني إذا أسلمت فالجواب من وجهين:

أحدهما: أنها متقومة في زعمهم واعتقادهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون فإذا دانوا تقويمها يتركون وذلك، ولذلك جعلت خمورهم متقومة كذا هذا.

والثاني: أن أم ولد النصراني إذا أسلمت تجعل مكاتبة للضرورة إذ لا يمكن القول بعتقها، لأن ملك الذمي ملك محترم فلا يجوز إبطاله عليه ولا سبيل إلى إبقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها لما فيه من الاستذلال بالمسلمة ولا وجه إلى دفع المذلة عنهما بالبيع من المسلم لخروجها بالاستيلاد عن محلية البيع فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط، ولأنه لا يوقف على كون ما يقابله مالاً متقوماً كما في النكاح والخلع ثم إذا سعت تسعى وهي رقيقة عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: تسعى وهي حرة.

وجه قوله: أن الاستسعاء استذلال بها وهذا لا يجوز.

ولنا: ما ذكرنا أن في الحكم بعتقها إبطال ملك الذمي عليه وتتعلق ديونه بذمة المفلس ومكله معصوم والاستذلال في الاستمتاع والاستخدام لا في نفس الملك، ألا ترى أن أمة النصراني إذا أسلمت فكاتبها المولى لا تجبر على البيع، وقد خرج الجواب عن الكتابة وإنما ضمنت بالقتل لأن ضمان القتل ضمان الدم والنفس وإنها متقومة من هذه الجهة، وما ذكر محمد في الإملاء عن أبـي حنيفة فذلك ضمان القتل، لأنه إذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها وتجوز كتابتها كما يجوز إعتاقها لما فيه من تعجيل العتق إليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبـي حنيفة أنها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز أن يستحق المولى عليه عوضاً، لأن صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالاً أصلاً فضلاً عن كونه متقوماً كما في النكاح والخلع.

فإن مات المولى قبل أن تؤدي بدل الكتابة عتقت ولا شيء عليها، أما العتق فلأنها كانت أم ولد وقد مات مولاها، وأما العتق بغير شيء فلأن الكتابة قد بطلت، لأن الحرية توجهت إليها من وجهين الاستيلاد والكتابة، فإذا ثبت العتق بأحدهما بطل حكم الآخر، وكذا يجوز إعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى إذا قبلت عتقت والمال دين عليها لأن الإعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذي يتعلق بما بعد موت المولى، فمنها عتقها لأن عتقها كان معلقاً شرعاً بموت المولى لما روىٰ عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيما رَجُلٍ وَلَدَتْ أَمَتُه مِنْهُ فَهي معتقة عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ»[1].

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١/٣٠٣) وابن ماجه في «السنن» كتاب العتق باب أمهات الأولاد برقم (٢٥١٥). =

وقد روينا عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال حين ولدت أم إبراهيم عليه السلام: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»(١).

ومعلوم أنه لا يثبت حقيقة العتق في حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث، ولأن سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل في حال الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب، ويستوي فيه الموت الحقيقي والحكمي بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير.

وكذا الحربي والمستأمن إذا اشترى جارية في دار الإسلام واستولدها ثم يرجع إلى دار الحرب فاشترى الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر، وكذا يعتق ولدها الذي ليس/ من مولاها إذا سرت أمية الولد إليها على ما بينا، لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية. [١٩٨/أ ج]

ومنها: أنها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أُمُّ الوَلَدِ لَا تُبَاعُ ولا تُوهَبُ»(٢) وهي حرة من جميع المال، وهذا نص.

وروينا عن سعيد بن المسيب أنه قال: «أمرَ رسول الله ﷺ بِعِتْقِ أُمَّهاتِ الأَوْلَادِ من غير الثُّلث ولا يُبَعْنَ في دَيْنٍ، ولا يُجْعَلْنَ في الثُّلُث»(٣) وفي بعض الروايات: «ولا يجعلنَ في الثُّلُث، ولا يستسعين في دين» وفي بعضها: «أمر رسول الله ﷺ بعتقِ أمهاتِ الأولادِ مِنْ غَيْرِ الثُّلثِ، ولا يبعنَ في دَيْنٍ»(٤) ولأن سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد، والنسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاد، ومنها أن ولاءها للمولى لأن الإعتاق منه لما بينا.

فصل: وأما بيان ما يَظْهَر به الاستيلادُ فظهوره بإقرار المولى ثم إن أقرَّ به في حال الصحة أنّ هذه الجارية قد ولدت منه فقد صارت أمَّ ولده سواء كان معها ولد أو لم يكن، لأن الإقرار في حال الصحة لا تُهمةَ فيه فيصحُّ سواء كان معها ولد أو لم يكن، ولهذا لو أعتقها في الصحة يعتبر من جميع المال.

وإن كان الإقرار به في مرض موته، فإن كان معها ولد صارت أم ولده أيضاً وتعتق من جميع المال إذا مات المولى، لأن كون الولد معها دليل الاستيلاد فكان الظاهر شاهداً له فيصح إقراره، ولأن التسبب من الحوائج الأصلية وتصرف المريض في مرض الموت فيما يحتاج إليه حاجة أصلية نافذ كشراء الطعام والكسوة ونحو ذلك، وإن لم يكن معها ولد عتقت من الثلث، لأنه متهم في إقراره في حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفي التهمة وهو الولد، وكذا إذا لم يكن معها ولد لا تحتاج إلى التسبب فيصير قوله هذه أم ولدي كقوله هذه حرة بعد موتي فتعتق بعد موته من الثلث.

= والدارمي في «السنن» كتاب البيوع باب بيع أمهات الأولاد رقم (٢/ ٢٥٧).
والدارقطني في «السنن» (٤/ ١٣١).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم أنه غريب كما نص على ذلك الحافظ الزيلعي في «نصب الراية».

(٤) تقدم تخريجه.

[كتاب المكاتب][١]

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز المكاتبة، وفي بيان ركن المكاتبة، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا يملكه، وفي بيان ما يمكله المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه، وفي بيان صفة المكاتبة، وفي بيان حكم المكاتبة وفي بيان ما تنفسخ به المكاتبة، أما الأول فالقياس أن لا تجوز المكاتبة لما فيها من إيجاب الدين للمولى على عبده، وليس يجب للمولىٰ على عبده دين، وفي الاستحسان جائز بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب: فقوله عز وجل: ﴿فَكَاتِبُوهُم إِنْ عَلِمتُم فِيهِمْ خَيْراً﴾[٢] وأدنى درجات الأمر الندب فكانت الكتابة مندوباً إليها فضلاً عن الجواز وقوله عز وجل: ﴿إِنْ عَلِمتم فِيهِمْ خَيْراً﴾[٣] أي رغبة في إقامة الفرائض، وقيل وفاء لأمانة الكتابة، وقيل حرفة.

وروي هذا عن رسول الله ﷺ أنه قال في قوله عز وجل: ﴿خَيْراً﴾[٤] أي حرفة، ولا ترسلوهم كلاباً على الناس.

وأما السنة: فما روى محمد بن الحسن بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أيما عبد كُوتِبَ على مائةِ أوقيَّةٍ فأدَّاها كلَّها إلاّ عَشْرَ أَوَاقٍ فهُوَ رَقيقٌ»[٥] وقال ﷺ: «المكاتَبُ عبدٌ مَا بَقي عليهِ دِرْهَم»[٦].

وروي: «أن عائشة رضي الله عنها كاتَبَتْ بريرةَ بحضْرَةِ النبيِّ ﷺ ولم يُنكِر عليها»[٧] وعليه إجماع الأمة، وبه تبين أن قول داود على الأصفهاني أن الكتابة واجبة قول مخالف للإجماع وأن تعلقه بظاهر الأمر لا يصح لأن الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثاً لورثتهم من غير

---

(١) سقط من المخطوط.
(٢) سورة النور، الآية: (٣٣).
(٣) سورة النور، الآية: (٣٣).
(٤) سورة النور، الآية: (٣٣).
(٥) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/١٧٨) وأبو داود في كتاب العتق باب في المكاتب رقم (٣٩٢٧) والترمذي في «الجامع» كتاب البيوع باب ما جاء في المكاتب رقم (١٢٦٠).
وابن ماجه في «السنن» كتاب العتق باب المكاتب رقم (٢٥١٩) مع تغيير في بعض اللفظ.
(٦) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب العتق باب في المكاتب رقم (٣٩٢٦).
(٧) مضى تخريجه.

نكير، فعلم أن ليس المراد من هذا الأمر الوجوب.

وأما الجواب عن وجه القياس أن المولى لا يجب له على عبده دين، فهذا على الإطلاق ممنوع، وإنما نسلم ذلك في العبد القن لا في المكاتب والمستسعى، لأن كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما لا حق للمولى فيه فكان المولى كالأجنبي عن كسب المكاتب فأمكن إيجاب الدين للمولى عليه.

فصل[1]: وأما ركن المكاتبة فهو الإيجاب من المولى والقبول من المكاتب، أما الإيجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبة، نحو قول المولى لعبده كاتبتك على كذا، سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول على أنك إن أديت إليّ فأنت حر أو لم يذكر عندنا. وعند الشافعي/[2]: لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق، وهو أن [ب/١٩٨/ج] يقول كاتبتك على كذا على أنك إن أديت إليّ فأنت حر بناء على أن معنى المعاوضة أصل في الكتابة، ومعنى التعليق فيها ثابت عندنا والعتق عنده الأداء يثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق بالشرط، وعنده معنى التعليق فيها أصل أيضاً والعتق ثبت من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق، وما قلناه أولى بدليل أنه لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق، ولو كان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الأداء.

وكذا لو قال لعبده: أنت حر على ألف تؤديها إليّ نحو ما في كل شهر كذا فقبل أو قال إذا أديت لي ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر فقبل، أو قال جعلت عليك ألف درهم تؤديها إليَّ نجوماً كل نجم كذا، فإذا أديت فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيق وقيل، ونحو ذلك من الألفاظ، لأن العبرة في العقود إلى المعاني لا للألفاظ.

وأما القبول فهو أن يقول العبد قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك؛ فإذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم الركن، ثم الحاجة إلى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصوداً لا تبعاً كالولد المولود في الكتابة والولد المشترئ والوالدين على ما نذكر لأن الاتباع كما لا يفرد بالشروط لا يفرد بالأركان لما فيه من قلب الحقيقة، وهو جعل التبع متبوعاً، وهذا لا يجوز.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع إلى المولى وبعضها يرجع إلى المكاتب وبعضها يرجع إلى بدل الكتابة وبعضها يرجع إلى نفس الركن، ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة.

أما الذي يرجع إلى المولى فمنها العقل وأنه شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة من الصبي الذي لا يعقل والمجنون، ومنها البلوغ وهي شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبي العاقل، وإن كان حراً أو مأذوناً في التجارة من قبل المولى أو الوصي لأن المكاتبة ليست بتجارة، إذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتبة ليست كذلك وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها، ولهذا لا يمكلها العبد المأذون، والشريك شركة العنان

(١) سقط من المخطوط.

(٢) انظر «الأم» (٨/ ٤٣) و «المنهاج» صفحة (١٦٠).

لما قلنا، وله أن يكاتب عبده بإذن أبيه أو وصيه لأن الأب والوصي يملكان العقد بأنفسهما فيملكان الإذن به للصبي إذا كان عاقلاً. ومنها الملك والولاية، وهذا شرط نفاذ، لأن المكاتبة فيها معنى المعاوضة والتعليق، وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية فكذا عند الاجتماع فلا تنفذ المكاتبة من الفضولي لانعدام الملك والولاية، وتنفذ من الوكيل لأنه نائب الموكل فكان تصرفه تصرف الموكل، وكذا من الأب والوصي استحساناً. والقياس: أن لا تنفذ.

وجه القياس: أن المكاتبة تصرف يفضي إلى العتق وهما لا يملكان الإعتاق لا بغير بدل ولا ببدل كالإعتاق على مال وبيع نفس العبد منه.

وجه الاستحسان: أن المكاتبة من باب اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والإجارة بخلاف الإعتاق على مال وبيع نفس العبد منه، لأن ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الإعتاق لأن العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال ديناً في ذمة المفلس، فإن أقر الأب أو الوصي بقبض بدل الكتابة، فإن كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود يصدق ويعتق المكاتب لأنه أمين في قبض الكتابة فكان مصدقاً كالوكيل بالبيع إذا باع ثم أقر بقبض الثمن وإن لم تكن معروفة لم يجز إقراره ولا يعتق العبد، لأن الكتابة إذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه إقراراً بالعتق، وإقرار الأب أو الوصي بعتق عبد اليتيم لا يجوز، وإذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه إقراراً باستيفاء الدين فيصح إقراره، ولو كاتب الأب أو الوصي ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكاتبة ماضية، إلا أنه ليس للوصي ولا للأب أن يقبض بدل الكتابة، لأنه إنما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد، لأن حقوق العقد في المكاتبة يرجع إلى من عقد له لا إلى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ، بخلاف الوصي إذا باع شيئاً ثم أدرك اليتيم أن له أن يقبض، لأن حقوق البيع وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع إلى العاقد، هذا إذا كانت الورثة صغاراً، فإن كانوا كباراً لا يجوز للوصي أن يكاتب ولا للأب لزوال ولايتهما بالبلوغ، سواء كانوا حضوراً/ أو غيباً، لأن الموجب لزوال الولاية لا يختلف، [أ/١٩٩/ج] وهذا بخلاف البيع لأن الوارث الكبير إذا كان غائباً أن للأب والوصي أن يبيع المنقول، لأن بيع المنقول من باب الحفظ لأن حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس في الكتابة حفظ فلا يملكانها.

وإن كانت الورثة صغاراً وكباراً ذكر في «**الأصل**» أنه لا يجوز.

ثم اختلف في هذا الإطلاق، قال بعضهم معناه أنه لا يجوز في نصيب الكبار، وأما في نصيب الصغار فجائز.

وقال بعضهم: معناه أنه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعاً، لأنه إذا لم يجز في نصيب الكبار لم يكن في جوازه في نصيب الصغار فائدة، لأن لهم أن يفسخوا العقد، وصار كعبد بين اثنين أنه يمنع أحدهما عن كتابة نصيبه إلا برضا شريكه، لأنه لو فعل بغير إذن شريكه كان لشريكه أن يفسخ فلم يكن فيه فائدة، كذا هذا.

ولو كان على الميت دين فكاتب الوصي عبده من تركته لم يجز، كذا ذكر في «**الأصل**»، ولم يفصل بين ما إذا كان الدين محيطاً بالتركة وبين ما إذا لم يكن محيطاً بها، منهم من أجرى المذكور في «**الأصل**» على

إطلاقه وقال: لا تجوز مكاتبته، سواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن، أما إذا كان محيطاً بالتركة فلأن حق الغرماء يكون متعلقاً بها، والمكاتبة تتضمن إبطال حقهم، لأنها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تأجيلها بالكتابة وإن كان غير محيط بالتركة فكذلك لأن ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقاً وتبطل الكتابة، لأن ذلك القدر من الدين يتأجل تسليمه فيتضرر به الغريم، إلا أن يختار استيفاؤه من غيرها فيجوز، لأن عدم الجواز لحق الغريم، فإذا استوفى من محل آخر فقد زال حقه فزال المانع بين الجواز.

وذكر القدوري أن المسألة محمولة على ما إذا كان الميت غير العبد أو غير القدر الذي يقضي به الدين، فأما إذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة يجوز له ذلك، لأنه إذا كان هناك مال آخر يقضي به الدين فحق الغرماء لايتعلق بعين العبد لأن التعليق بحاجتهم إلى استيفاء دينهم، وأنه يحصل بدونه لأنه لو تعلق قليل الدين بجملة التركة لأدى إلى الحرج، لأن التركة قلما تخلو عن قليل الدين، ولا يجوز لأحد الوصيين أن يكاتب بغير إذن صاحبه في قول أبـي حنيفة ومحمد، ويجوز في قول أبـي يوسف.

وأصل المسألة أنه هل لأحد الوصيين أن يتصرف في مال اليتيم بغير إذن صاحبه، فهو على الخلاف الذي ذكرنا، وهي من مسائل كتاب الوصايا. ولوصي الوصي أن يكاتب لأنه قائم مقام الوصي، وسواء كان المملوك محجوراً أو مأذوناً بالتجارة وعليه دين أو لا دين عليه، لأن الدين لا يوجب زوال الملك عنه فتنفذ المكاتبة إلا أنه إذا كان عليه دين محيط أو غير محيط فللغرماء أن يردوا المكاتبة لأن لهم حق الاستيفاء من رقبته، وهو بالمكاتبة أراد إبطال حقهم فكان لهم أن ينقضوا، كما لو باعه وعليه دين محيط أو غير محيط أن البيع ينفذ لكن للغرماء أن ينقضوا إلا إذا كان قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكاتبة لأنها وقعت جائزة لوقوعها في الملك، إلا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم، فإذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة، ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب، لأنه بقضاء الدين أصلح مكاتبته فكان عاملاً لنفسه.

وكذا لو أبـى المولى أن يؤدي الدين وأداه الغلام عاجلاً مضت المكاتبة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما أدى لما قلنا، فإن كان الملوى أخذ بالبدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكاتبة، لأنه كسب العبد المديون وأنه يؤخذ من المولى والعتق واقع إما من طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى، وإما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو أداء بدل الكتابة والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض، فإن بقي من دينهم شيء كان لهم أن يضمنوا المولى قيمته لأنه أبطل حقهم في قدر قيمة العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق ولهم أن يبيعوا العبد ببقية دينهم، لأن الدين كان ثابتاً في ذمته متعلقاً برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة فكان لهم أن يبيعوه ولا يرجع المولى على العبد بما أخذ منه من بدل الكتابة، لأن المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكانت مكاتبته إياه مع علمه أن الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه.

ولو كان العبد/ مرهوناً أو مؤاجراً فكاتبه وقفت المكاتبة على إجازة المرتهن والمستأجر، فإن أجازا جاز وإن فسخا هل تنفسخ بفسخهما؟ فهو على ما نذكر في البيوع والإجارات إن شاء الله تعالى. [ب/١٩٩/ج]

وسواء كان المملوك قناً أو غيره حتى لو كانت مدبرة أو أم ولد جازت المكاتبة لقيام الملك إذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك وهما من باب استعجال الحرية، فإن أديا وعتقا فقد مضى الأمر، وإن مات المولى قبل الأداء عتقا لأنهما يعتقان بموت السيد وهذا إذا كانا يخرجان من الثلث، فإن كانا لا يخرجان من الثلث فأم الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى.

وأما المدبر: فله الخيار في قول أبي حنيفة إن شاء سعى في جميع الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي القيمة إذا كان لا مال له غيره. فإن اختار الكتابة سعى على النجوم، وإن اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالاً.

وعند أبي يوسف ومحمد: لا خيار له لكن عند أبي يوسف يسعى في الأقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة، وعند محمد: يسعى في الأقل من ثلثي الكتابة، ومن ثلثي القيمة وقد ذكرنا المسألة في كتاب الاستيلاد.

ومنها: الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكاتبة مع الإكراه والهزل والخطأ لأنها من التصرفات التي تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه.

وإما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبة فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر إن شاء الله تعالى.

وكذا إسلامه فتجوز مكاتبة الذمي عبده الكافر لقوله ﷺ: «**فإذَا قَبِلُوا عقد الذمة فأَعلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ ما للمُسْلِمِينَ وعلَيْهم مَا عَلَى المُسلِمِينَ**»[1] وللمسلمين أن يكاتبوا عبيدهم فكذا لأهل الذمة، ولأن المكاتبة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق، وكل واحد منهما يملكه الذمي حالة الانفراد، وكذا عند الاجتماع والذمي إذا ابتاع عبداً مسلماً فكاتبه فهو جائز، وهذا فرع أصلنا في شراء الكافر للعبد المسلم أنه جائز إلا أنه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستذلال باستخدام الكافر إياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبة، وأما مكاتبة المرتد فموقوفة في قول أبي حنيفة، فإن قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وإن أسلم نفذت، وعندهما: هي نافذة وهي من مسائل السير والله عز وجل الموفق.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المكاتبة فأنواع أيضاً:

منها: أن لا يكون فيه خطر العدم وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما في بطن جاريته لم ينعقد لنهي النبي ﷺ عن بيع فيه غرر والمكاتبة فيها معنى البيع.

ومنها: أن يكون عاقلاً وهو من شرائط الانعقاد حتى لو كاتب عبداً له مجنوناً أو أو صغيراً لا يعقل لا تنعقد مكاتبته لأن القبول أحد شطري الركن وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل لأن ما هو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فإن كاتبه فأدى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق، لأن العتق لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان أداء الأجنبي أداء من غير عقد فلا يعتق وله أن يسترد ما أدى، لأنه أداه بدلاً عن

(١) تقدم الكلام عنه.

العتق ولم يسلم العتق، ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضى المولى لم يجز أيضاً، لأن الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه، ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه، وهل يتوقف على إجازة العبد بعد البلوغ، ذكر القدوري أنه لا يتوقف، وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه يتوقف.

والصحيح ما ذكره القدوري لأن تصرف الفضولي إنما يتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز وقت التصرف وههنا لا مجيز له وقت وجوده إذ الصغير ليس من أهل الإجازة فلا يتوقف، بخلاف ما إذا كان العبد كبيراً غائباً فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضي المولى أن الكتابة تتوقف على إجازة العبد لأنه من أهل الإجازة وقت قبول الفضولي عنه فكان له مجيزاً وقت التصرف فتوقف، فلو أدى القابل عن الصغير إلى المولى، ذكر في «الأصل» أنه يعتق استحساناً وجعله بمنزلة قوله: إذا أديت إليّ كذا فعبدي حر وقال: وهذا والكبير سواء.

والقياس: أن لا يعتق، لأن المكاتبة على الصغير لم تنعقد، لأنه ليس من أهل القبول فيبقى الأداء بغير مكاتبة فلا يعتق.

وجه الاستحسان: أن المكاتبة فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق، والمولى إن كان لا يملك إلزام العبد العوض/ [٢٠٠/أ/ج] يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط، وكذا إذا كان العبد كبيراً غائباً فقبل الكتابة عنه فضولي وأداها إلى المولى يعتق استحساناً وليس للقابل استرداد المؤدى، والقياس: أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا.

هذا إذا أدى الكل فإن أدى البعض فله أن يسترد قياساً واستحساناً، لأنه إنما أدى ليسلم العتق والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة فكان له أن يسترد إلا إذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل فليس له أن يسترد بعد ذلك لأن بالإجازة استند جواب العقد إلى وقت وجوده والأداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلو أن العبد عجز عن أداء الباقي ورد في الرق فليس له أن يسترد أيضاً، وإن رد العبد في الرق لأن المكاتبة لا تنفسخ بالرد في الرق بل تنتهي في المستقبل فكان حكم العقد قائماً في القدر المؤدى فلا يكون له الاسترداد، بخلاف باب البيع بأن من باع شيئاً ثم تبرع إنسان بأداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب أو بوجه من الوجوه أن للمتبرع أن يسترد ما دفع، لأن الدفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد.

وكذلك لو تبرع رجل بأداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول أنه يسترد منها النصف، لأن الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه، ولو كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها فله أن يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح.

هذا كله إذا أدى القابل فلو امتنع القابل عن الأداء لا يطالب بالأداء إلا إذا ضمن فحينئذٍ يؤخذ به بحكم الضمان، فأما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت المكاتبة ويكون كالكبير في جميع أحكامه عندنا خلافاً للشافعي، لأن المكاتبة إذن في التجارة وإذن الصبي العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافاً له وهي من مسائل المأذون.

فصل: وأما الذي يرجع إلى بدل الكتابة.

فمنها: أن يكون مالاً وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة على الميتة والدم لأنهما ليسا بمال في حق أحد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي، ألا ترى أن المشتري بهما لا يملك وإن قبض، ولا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وإن أدى، لأن التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقاً بالعدم إلا إذا كان قال على أنك إن أديت إليَّ فأنت حر فأدى فإنه يعتق بالشرط، وإذا عتق بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لأن هذا ليس بمكاتبة إنما هو إعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله إن دخلت الدار فأنت حر.

ومنها: أن يكون متقوماً وأنه من شرائط الصحة فلا تصح مكاتبة المسلم عبده المسلم أو الذمي على الخمر أو الخنزير ولا مكاتبة الذمي عبده المسلم على الخمر والخنزير، لأن الخمر وإن كان مالاً في حق المسلمين فهي غير متقومة في حقهم فانعقدت المكاتبة على الفساد، فإن أدى يعتق وعليه قيمة نفسه، لأن هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ما نذكر في بيان حكم المكاتبة.

أما الذمي فتجوز مكاتبته عبده الكافر على خمر أو خنزير، لأن ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا، فإن كاتب ذمي عبداً له كافراً على خمر فأسلم أحدهما فالمكاتبة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر، لأن المكاتبة وقعت صحيحة لكون الخمر مالاً متقوماً في حقهم إلا أنه إذا أسلم أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم، لأن المسلم منهي عن ذلك فتجب قيمتها ولا ينفسخ العقد، بخلاف ما إذا اشترى الذمي من ذمي شيئاً بخمر، ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمر أن البيع يبطل، وههنا لا تبطل المكاتبة، لأن عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة نظراً للعبيد إيصالاً لهم إلى شرف الحرية فلا ينفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسلمه بل يصار إلى بدله، فأما البيع فعقد مما كسبه ومضايقة لا تجري فيه من السهولة ما يجري في المكاتبة فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى ويرتفع، وإذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب.

ومنها: أن يكون معلوم النوع والقدر، وسواء كان معلوم الصفة أولاً وهو من شرائط الانعقاد، فإن كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد، وإن كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة.

والأصل: أن الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبة وإلا فلا، وجهالة النوع والقدر جهالة فاحشة وجهالة/ الصفة غير فاحشة فإنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز المكاتبة على الوصفاء بمحضر من [ب/٢٠٠/ب] الصحابة رضي الله عنهم فيكون إجماعاً على الجواز والإجماع على الجواز إجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة في باب الكتابة.

وبيان هذا الأصل في مسائل إذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم تنعقد حتى لا يعتق وإن أدى، لأن الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لاختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافاً متفاحشاً.

وكذا الدور تجري مجرى الأجناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار في الهيئة والتقطيع وفي القيمة باختلاف المواضع من البلدان والمحال والسكك، ولهذا منعت هذه الجهالة صحة التسمية والإعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الأشياء لكثرة التفاوت في أنواعها وأشخاصها بمنزلة الأجناس المختلفة فيصير كأنه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فأدى طعاماً، ولو كان كذلك لا يعتق.

وإن أدى أعلى الثياب والدواب والدور، بخلاف ما إذا كاتبه على قيمة فأدى القيمة أنه يعتق، لأن التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما مجلسين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطلة له، وإن كاتبه على ثوب هروي أو عبد أو جارية أو فرس جازت المكاتبة، لأن الجهالة ههنا جهالة الوصف أنه جيد أو رديء أو وسط وإنها لا تمنع صحة التسمية كما في النكاح والخلع.

والأصل أن الحيوان يثبت ديناً في الذمة في مبادلة المال بغير المال كما في النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع في الوسط كما في باب الزكاة والدية والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط، ولو جاء العبد بقيمة الوسط في هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما في النكاح والخلع ونحوهما.

ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد، لأن الجهالة متفاحشة، ولو كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه لأنه ثبت ديناً في الذمة في مبادلة المال بالمال إذا كان موصوفاً ويثبت في مبادلة ما ليس بمال بمال وإن لم يكن موصوفاً كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والإعتاق على مال والمكاتبة معاوضة ما ليس بمال بمال في جانب المولى فتجوز المكاتبة عليه ويجب الوسط.

ولو كاتبه على حكمه أو على حكم نفسه لم تنعقد، لأن الجهالة ههنا أفحش من جهالة النوع والقدر، لأن البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل ههنا رأساً فكانت الجهالة أكثر، وإلى هذا أشار في الأصل فقال أرأيت لو حكم المولى عليه بملء الأرض ذهباً كان يلزمه أو حكم العبد على نفسه بفلس هل كان يعتق فلم ينعقد العقد أصلاً فلا يعتق بالحكم، وإن كاتب على ألف درهم إلى العطاء أو إلى الدياس أو إلى الحصاد أو نحو ذلك مما يعرف من الأجل جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز لأن الأجل مجهول وجهالة الأجل تبطل البيع فتبطل المكاتبة.

وجه الاستحسان: أن الجهالة لم تدخل في صلب العقد، لأنها لا ترجع إلى البدل وإنما دخلت في أمر زائد ثم هي غير متفاحشة فلا توجب فساد المكاتبة كجهالة الوصف بخلاف البيع إلى هذه الأوقات أنه يفسد لأن الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها بل لإفضائها إلى المنازعة والمنازعة قل ما تجري في هذا القدر في المكاتبة لأن مبناها على المسامحة بخلاف البيع، فإن مبناه على المماكسة فيفضي إلى المنازعة، ولهذا جازت الكفالة إلى هذه الأوقات ولم يجز تأجيل الثمن إليها في البيع بخلاف المكاتبة إلى مجيء المطر وهبوب الريح، لأنه ليس لذلك وقت معلوم ففحشت الجهالة، فإن كاتبه إلى العطاء فأخر العطاء، فإن الأجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطاء، لأن المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء، وكذا في الحصاد والدياس.

ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبة فاسدة، لأن القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البدل مجهول القدر وأنه مجهول جهالة فاحشة، ولهذا منعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل إلى مهر المثل فتمنع صحة المكاتبة بل أولى، لأن النكاح يجوز بدون تسمية البدل ولا جواز للمكاتبة من غير تسمية البدل فلما لم تصح

تسمية القيمة هناك فلأن لا تصح ههنا أولى، ولأن جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد فكان ذكرها نصاً على الفساد بخلاف ما إذا/ كاتبه على عبد، لأن جهالة العبد جهالة الوصف أي جيد ورديء أو وسط فعند الإطلاق [أ/٢٠١/ج] يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم.

ألا ترى أن أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أربعين ديناراً، فأما المكاتبة على القيمة فليست بمكاتبة على بدل معلوم عند الناس عند إطلاق الاسم فصار كما لو كاتبه على ألف أو على ألفين غير أنه إذا أدى القيمة عتق، لأن العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك في البيع وتجب العدة والعقر ويثبت النسب في النكاح وكذا المكاتبة الفاسدة.

ولو قال كاتبتك على دراهم فالمكاتبة باطلة، ولو أدى ثلاثة دراهم لا يعتق، لأن البدل مجهول جهالة متفاحشة وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم بخلاف ما إذا قال أعتقتك على درهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه لأن العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة فلزمه قيمة نفسه، ولو كاتبه على أن يخدمه شهراً فهو جائز استحساناً. والقياس: أن لا يجوز.

وجه القياس: أن الخدمة مجهولة لأنها مختلفة ولا يدري في أي شيء يستخدمه وأنه يستخدمه في الحضر أو في السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة.

وجه الاستحسان: أن الخدمة المطلقة تنصرف إلى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة وبحال المولى أنه في أي شيء يستخدمه وبحال العبد أنه لأي شيء يصلح فصار كما لو عينها نصاً، ولهذا جازت الإجارة على هذا الوجه فالمكاتبة أولى لأنها أقبل للجهالة من الإجارة.

ولو كاتبه على أن يخدم رجلاً شهراً فهو جائز في القياس كذا ذكره في الأصل ولم يرد به قياس الأصل، لأن ذلك يقتضي أن لا يجوز لما ذكرنا وإنما أراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا، ويجوز القياس على موضع الاستحسان إذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسياً على قياس الأكل والشرب ناسياً، ولأن المنافع أموال في العقود وأنها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين أن يستأجر رجلاً ليخدمه أو ليخدم غيره.

وكذلك لو كاتبه على أن يحفر بئراً قد سمى له طولها وعمقها ومكانها أو على أن يبني له داراً وأراه آجرها وجصها وما يبني بها لأنه كاتبه على بدل معلوم، ألا ترى أن الإجارة عليه جائزة فالكتابة أولى، ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالكتابة فاسدة، لأن البدل مجهول.

ومنها: أن لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يجز لأنه يكون مكاتبة بغير بدل في الحقيقة فلا يجوز كما إذا باع داره من إنسان بعبد هو لصاحب الدار أنه لا يجوز البيع لأنه يكون بيعاً بغير ثمن في الحقيقة كذا هذا.

وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبة، لأن ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز.

وأما كون البدل ديناً فهل هو شرط جواز الكتابة بأن كاتبه على شيء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من أعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك أجنبي وهو معين مشار إليه ذكر في كتاب المكاتب إذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب إذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف، وذكر ابن سماعة الخلاف فقال لا يجوز عند أبي حنيفة، ويجوز عند أبي يوسف وعند محمد إن أجاز صاحبه جاز وإلا لم يجز، وإطلاق رواية كتاب المكاتب يقتضي أن لا يجوز أجاز أو لم يجز، وإطلاق رواية كتاب الشرب يقتضي الجواز أجاز أو لم يجز، ولأنه لما أجاز عند عدم الإجازة فعند الإجازة أولى، ويجوز أن يكون قول محمد تفسيراً للروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الإجازة.

ورواية كتاب الشرب على حال الإجازة، وجه رواية كتاب المكاتب أنه كاتبه على مال لا يملك لأنه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز، وبه علل في «الأصل» فقال: لأنه كاتبه على ما لا يملك لأنه كاتبه على ملك الغير، وشرح هذا التعليل أن المكاتبة عقد وضع لإكساب المال والعبد لا يقدر على إكساب هذا العين لا محالة، لأن مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولأنا لو قضينا بصحة هذه المكاتبة لفسدت من حيث تصح؛ لأنه إذا كاتبه على عبد هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم فكان موجبها وجوب قيمة العبد فيصير كأنه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصح، وما كان في تصحيحه إفساده فيُقْضَىٰ بفساده من الأصل أو يقال إذا تعذر عليه/ التسليم، فإما أن تجب عليه قيمة العبد أو قيمة نفسه، وكل ذلك فاسد. [ب/٢٠١/ج]

وجه رواية كتاب الشرب وهو المروي عن أبي يوسف أيضاً أن المكاتبة في معنى الإعتاق على مال ثم لو أعتق عبده على عبد بعينه لرجل فقبل العبد جاز.

وجه ما روي عن محمد من التوقف على الإجازة: أن هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة كالمبيع، وكذلك كلما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون، لأن هذه الأشياء كلها تتعين في العقود بالتعيين فكانت كالعبد.

ولو قال: كاتبتك على ألف فلان هذه جازت المكاتبة، لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها في الذمة لا على عينها فيجوز وإن أدى غيرها عتق، لأن المكاتبة وقعت على ما في الذمة، وسواء كان البدل قليلاً أو كثيراً لأن دلائل جواز المكاتبة لا يفصل بين القليل والكثير، وسواء كان مؤجلاً أو غير مؤجل عندنا.

وعند الشافعي[1]: لا يجوز إلا مؤجلاً وهو على قلب الاختلاف في السلم أنه لا يجوز إلا مؤجلاً عندنا، وعنده يجوز مؤجلاً وغير مؤجل، فالحاصل أنه لا خلاف في جواز المكاتبة على بدل مؤجل.

واختلف في الجواز على بدل غير مؤجل، قال أصحابنا يجوز.

---

(١) انظر «الأم» (٨/ ٤٣ ـ ٤٧) و «المهذب» (٢/ ١١) و «الوجيز» (٢/ ٢٨٤) و «الروضة» (١٢/ ٢١١) و «المنهاج» صفحة (١٦٠).

وقال الشافعي[١]: لا يجوز إلا مؤجلاً منجماً بنجمين فصاعداً.

وجه قوله: أن العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد، لأنه معسر لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد بمنع انعقاده بدليل أنه لو طرأ على العقد يرفعه، فإذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الأولى، لأن المنع أسهل من الرفع، وكذا مأخذ الاسم يدل على ما قلنا، فإن الكتابة مأخوذة من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الأجل، قال الله عز وجل: ﴿وَمَا أهلكنا مِنْ قَريةٍ إلا وَلها كِتَابٌ مَعْلُومٌ﴾[٢] أي أجل لا يتقدم ولا يتأخر فسمى هذا عقد كتابة لكون البدل فيه مؤجلاً ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب، سمي العقد بذلك لأن البدل يكتب في الديوان والحاجة إلى الكتابة للمؤجل لا للحال فكان الأجل فيه شرطاً كالمسلم لما كان مأخوذاً من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطاً لجواز السلم، وكذا الصرف لما كان ينبىء عن نقل البدل من يد إلى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطاً كذا هذا.

ولنا: قوله عز وجلّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إنْ عَلِمتُم فِيْهِمْ خَيْراً﴾[٣] من غير فصل بين الحال والمؤجل؛ ولأن بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل القبض فلا يشترط فيه التأجيل كسائر الديون بخلاف بدل الصرف والسلم.

وأما قوله: أن العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد فمسلم لكن الأداء يكون بعد العقد، ويحتمل حدوث القدرة بعده بأنه يكتب مالاً بقبول هبة أو صدقة فيؤدي بدل الكتابة.

وأما مأخذ الاسم فالكتابة تحتمل معان يقال: كتب أي أوجب، قال الله تعالى: ﴿كَتَبَ على نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ﴾[٤] وكتب أي ثبت قال الله تعالى: ﴿كَتَبَ في قُلُوبِهم الإيمان﴾[٥] وكتب أي حكم وقضى، قال الله تعالى: ﴿كَتَبَ اللَّهُ لأغْلِبَنَّ أنَا ورُسُلي﴾[٦] وشيء من هذه المعاني لا ينبىء عن التأجيل، ثم إذا كانت المكاتبة حالة فإن أدى البدل حين طالبه المولى بها وإلا يرد في الرق سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشرط بأن قال له إن لم تؤدها إلى حالة فأنت رقيق، أو لم يقل لأنه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول فلم يكن را ضياً بدون تلك الصفة، وكذلك إذا كانت منجمة بنجوم معلوم فعجز عن أول نجم منها يرد إلى الرق في قول أبـي حنيفة ومحمد، وعند أبـي يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان.

احتج أبو يوسف بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «المُكَاتَبُ إِذَا تَوَالَى عليهِ نَجمان رُدَّ في الرِّقِ»[٧] فقد شرط حلول نجمين للرد في الرق، ولأن العجز لا يتحقق إلا عند حلول نجمين لجواز أن يقرضه إنسان أو يحصل له مال من موضع آخر فيؤدي، فإذا اجتمع عليه مال نجمين فقد تحقق عجزه.

---

(١) انظر التعليق السابق.

(٢) سورة الحجر، الآية: (٤).

(٣) سورة النور، الآية: (٣٣).

(٤) سورة الأنعام، الآية: (١٢).

(٥) سورة المجادلة، الآية: (٢٢).

(٦) سورة المجادلة، الآية: (٢١).

(٧) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الرق باب عجز المكاتب برقم (١٠/ ٣٤٢) بلفظ (إذا تابع...).

ولهما: ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما «أنّه كاتبَ عَبْداً لَهُ فعجزَ عن نجمٍ واحد فرده إلى الرق»[(١)]، والظاهر أن ذلك كان على علم من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعاً، ولأن المولى شرط عليه في كل نجم قدراً من المال وإنه شرط معتبر مفيد من شرائط الكتابة فكان له أن يرده إلى الرق عند فواته كما لو عجز عن نجمين.

وأما احتجاجه بقول علي رضي الله عنه فغير سديد لأنه احتجاج بالمسكوت لأن فيه أنه إذا توالى عليه نجمان يرد إلى الرق وليس فيه أنه إذا كسر نجماً واحداً ماذا حكمه أو يحمل على الندب، وبه نقول إن المكاتب إذا كسر نجماً يندب مولاه إلى أن لا يرده إلى الرق/ [١/٢٠٢/ج] ما لم يتوالى عليه نجمان رفقاً به ونظراً، فإن عجز عن نجمين على أصله أو عن نجم على أصلهما، فإن كان له مال حاضر أو غائب مرجو حضوره بأن قال لي مال على إنسان أو حال يجيء في القافلة، فإن القاضي ينتظر فيه يومين أو ثلاثة استحساناً، لأن هذا القدر من التأخير ما لا ضرر فه على المولى وفيه رجاء وصول كل واحد منهما إلى حقه فيفعل القاضي ذلك عند رجاء الوصول.

ولو اختلف المولى والمكاتب في قدر البدل أو جنسه بأن قال المولى كاتبتك على ألفين أو على الدنانير، وقال العبد: كاتبتني على ألف أو على الدراهم فالقول قول المكاتب في قول أبـي حنيفة الآخر، سواء كان قد أدى عن بدل الكتابة شيئاً أو كان لم يؤد وكان يقول أولاً: يتحالفان ويترادان كالبيع لأن في المكاتبة معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لأنه المستحق عليه، ومتى وقع الاختلاف في قدر المستحق أو جنسه فالقول قول المستحق عليه في الشرع كما في سائر الديون، ولأن القياس يمنع التحالف لما نذكر في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى إلا أن الشرع ورد بخلاف القياس في البيع وأنه مبادلة المال بالمال مطلقاً والكتابة بخلافه فلم تكن في معنى البيع فلا يقاس عليه والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس الركن من شرائط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل في صلب العقد من البدل، فإن لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد، وإن خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً وإنما كان كذلك، لأن عقد الكتابة في جانب المعقود عليه وهو العبد بمنزلة الإعتاق لما فيه من فك الحجر وإسقاطه والإعتاق مما لا يبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع إلى البدل وجانب المولى بمنزلة البيع، لأن المولى عقد عقداً يؤول إلى زوال ملكه عنه فكان كالبيع والبيع مما يفسده الشروط الفاسدة «لنهي النبـي ﷺ عَنْ بيعٍ وشَرْطٍ»[(٢)] فيجعل من الشروط الداخلة في صلب العقد كالبيع فيعمل فيه الشرط الفاسد وفيما لا يدخل في صلب العقد من الشروط يجعل كالإعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملاً بالمعنيين جميعاً بقدر الإمكان.

وعلى هذا مسائل إذا كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو على أن يطأها مرة فالكتابة فاسدة، لأنه شرط فاسد لكونه مخالفاً مقتضى العقد، لأن عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء وأنه دخل

---

(١) انظر المصدر السابق (١٠/٣٤١).

(٢) تقدم تخريجه.

في صلب العقد لدخوله في البدل حيث جعل بدل الكتابة بألف درهم ووطئها ففسدت المكاتبة.

ولو كاتبه على ألف درهم على أن لا تخرج من المصر، أو على أن لا يسافر فالشرط فاسد، لأنه يخالف مقتضى العقد، لأن العقد يقتضي انفكاك الحجر وانفتاح طريق الإطلاق له إلى أي بلد ومكان شاء فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة، لأنه شرط لا يرجع إلى صلب العقد، ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه، فلو أنها أدت الألف في المسألة الأولى عتقت في قول عامة العلماء.

وقال بشر بن غياث المريسي: لا تعتق، وجه قوله: أن المولى جعل شرط العتق شيئين الألف ووطأها، والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما إذا كاتبها على ألف ورطل من خمر فأدت الألف دون الخمر.

ولنا: أن الوطء لا يصلح عوضاً في المكاتبة فلا يتعلق العتق به فألحق ذكره بالعدم بخلاف الخمر فإنه يصلح عوضاً في الجملة لكونه مالاً مقدور التسليم فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بأدائها ثم إذا أدت فعتقت ينظر إلى قيمتها، فإن كانت قيمتها ألف درهم فلا شيء للمولى عليها ولا لها على المولى لأنها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون، لأنه يجب عليه رده وهو عاجز عن رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا ههنا وجب عليها رد نفسها، وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهي ألف درهم وقد وصل بتمامه إلى المولى فلا يكون لأحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيل كما لو باع رجل من آخر عبده بألف درهم ورطل من خمر وقبض البائع الألف وسلم العبد إلى المشتري وهلك في يده لا يرجع أحدهما على صاحبه لوصول ما يستحقه البائع على المشتري إليه فكذا ههنا.

وإن كانت قيمة الجارية أكثر من ألف رجع المولى عليها بما زاد على الألف لأنها مضمونة بكمال قيمتها وما أدت إليه كمال قيمتها فيرجع عليها وصار هذا/ كما إذا باع عبده من ذمي بألف ورطل من خمر [ب/٢٠٢/ج] وقبض الألف وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمته أكثر من ألف أنه يرجع بما زاد لما قلنا كذا هذا.

وإن كانت قيمة المكاتبة أقل من الألف وأدت الألف وعتقت هل ترجع على المولى بما أخذ من الزيادة على قيمتها، قال أصحابنا الثلاثة ليس لها أن ترجع وقال زفر لها أن ترجع بالزيادة على المولى.

وجه قوله: أن المولى أخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها فكانت الزيادة مأخوذة بغير حق فيجب ردها كما في البيع الفاسد إذا استهلك المشتري المبيع أنه إن كانت قيمته أكثر من الثمن يرجع البائع على المشتري بالزيادة، وإن كانت قيمته أقل يرجع المشتري على البائع بفضل الثمن كذا ههنا.

ولنا: أنها لو رجعت عليه لأدى إلى إبطال العتق لأنها عتقت بأداء الكاتبة فلو لم يسلم المؤدىٰ للمولى لا يسلم العتق للمكاتبة والعتق سالم لها فيسلم المؤدىٰ للمولى لأن عقد المكاتبة مشتمل على المعاوضة وعلى التعليق واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة واعتبار معنى التعليق لا يوجب لها حق الرجوع كما لو قال لها إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حرة فأدت ألفاً وخمسمائة وقيمتها ألف عتقت ولا ترجع عليه بشيء فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك، وكذا لو كاتبها وهي حامل على ألف أن ما في بطنها من ولد فهو له وليس في المكاتبة أو كاتب أمة على ألف درهم على أن كل ولد تلده

فهو للسيد فالمكاتبة فاسدة لأنه شرط شرطاً مخالفاً لموجب العقد، لأن موجبه أن يكون كل ولد تلده يكون مكاتباً تبعاً لها فكان هذا شرطاً فاسداً وأنه داخل في صلب العقد لأنه يرجع إلى البدل فيوجب فساد العقد، وإن أدت الألف عتقت لما قلنا، ثم إذا عتقت ينظر إلى قيمتها وإلى المؤدى على ما ذكرنا.

وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى أن يخدمه ولم يبين مقدار الخدمة فأدى الألف عتق لما قلنا، ثم ينظر إلى قيمته وإلى الألف على ما وصفنا.

ولو كاتبه على ألف منجمة على أنه إن عجز عن نجم منها فمكاتبته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتبة لتمكن العذر في البدل، لأنه لا يدري أنه يعجز أو لا يعجز ويمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد و «لنهيّ النبيّ ﷺ عَنْ صَفْقَتَينِ فِي صَفْقَةٍ»[1] وهذا كذلك.

ولو كاتبه على ألف يؤديها إلى غريم له فهو جائز، وكذا إذا كاتبه على ألف يضمنها لرجل عن سيد: فالمكاتبة والضمان جائزان بخلاف البيع إذا باع عبداً بألف درهم يؤديها إلى فلان أو على أن يضمنها المشتري عن البائع لفلان أن البيع فاسد، لأن البيع يفسد بالشرط الفاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد والكتابة لا تفسد بالشروط الفاسدة إذا لم تكن في صلب العقد كما لو كاتبه على ألف على أن لا يخرج من المصر أو لا يسافر إلا أن هناك شرط الضمان باطل وههنا جائز، لأن ضمان المكاتب عن سيده وكفالته عنه بما عليه مقيداً جائز، لأن ذلك واجب عليه فلا يكون متبرعاً في الضمان وضمان المكاتب عن الأجنبي إنما لا يصح لكونه متبرعاً ولم يوجد، فإن كاتبه على ألف درهم منجمة على أن يؤدي إليه مع كل نجم ثوباً وسمى نوعه جاز لأن مكاتبته على بدل معلوم حيث سمى نوع الثوب فصار الألف مع الثوب بدلاً كاملاً وكل واحد منهما معلوم، ألا ترى أن كل واحد منهما لو انفرد في العقد جاز، وكذا إذا جمع بينهما، وقد قال أصحابنا إنه لو ذكر مثل ذلك في البيع جاز بأن يقول بعتك هذا العبد بألف درهم على أن تعطيني معه مائة دينار وتصير الألف والمائة دينار ثمناً لما قلنا كذا ههنا.

وكذلك إن قال على أن تعطيني مع كل نجم عشرة دراهم، وكذلك لو قال على أن تؤدي مع مكاتبتك ألف درهم، لأن الكل صار بدلاً في العقد.

ولو كاتبه على ألف درهم وهي قيمته على أنه إذا أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى جاز، وكان الأمر على ما قاله إذا أدى الألف عتق وعليه ألف أخرى بعد العتق، لأنه لو جعل الألفين جميعاً بدل الكتابة لجاز، ولو جعلهما جميعاً بعد العتق لجاز، كذا إذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتباراً للجزء بالكل، وإن كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله، يعني على أن يكون المكاتب أحق بنفسه وماله فهو جائز.

وإن كان للعبد ألف أو أكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربا كذا ذكر في «الأصل»، وفرق بينه وبين البيع/ [١/٢٠٣ج]

---

(١) أخرجه الترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة رقم (١٢٣١) وقال حسن صحيح.
والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب بيعتين في بيعة رقم (٧/ ٢٩٥).
والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٧) كتاب البيوع.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٣٤٣) كتاب البيوع باب النهي عن بيعتين في بيعة وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب فيمن باع بيعتين في بيعة برقم (٣٤٦١).

إذا باع عبده مع ماله بألف درهم ومال العبد ألف درهم أنه لا يجوز البيع، لأن الألف يقابل الألف فيبقى العبد زيادة في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون ربا ولا يتحقق الربا ههنا، لأن الربا لا يجري بين العبد وسيده هذا معنى ما أشار إليه في «**الأصل**»، ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارته أو بقبول الهبة والصدقة؛ لأن ذلك ينسب إلى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت العقد، لأن ذلك لا ينسب إلى العبد ولا يدخل فيه الأرش والعقر، وإن حصلا بعد العقد يكون للمولى، لأنه لا ينسب إلى العبد، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين أنه لا يجوز ويكون ربا، لأن مراد محمد في قوله إنه لا يجري الربا بين العبد وسيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة.

والكتابة وإن كان فيها معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة، وجريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لأن ذاك معاوضة مطلقة، لأن المولى كالأجنبي عن كسب المكاتب فهو الفرق.

ولو اختلفا فقال المولى: كان هذا قبل عقد المكاتبة، وقال المكاتب: كان ذلك بعد العقد فالقول قول المكاتب، لأن الشيء في يده فكان الظاهر شاهداً له فكان القول قوله.

ولو قال العبد: كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك جازت الكتابة، لأن هذا شرط فاسد والشروط الفاسدة لا تبطل الكتابة إذا لم تكن داخلة في صلب العقد، فلو كاتبه على ألف درهم على أنه بالخيار أو على أن العبد بالخيار يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام جاز، لأن دلائل جواز الكتابة لا توجب الفصل، ولأن الحاجة قد تدعو إلى شرط الخيار في المكاتبة كما تدعو إليه في البيع وهو الحاجة إلى التأمل، ولأن الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز أن يثبت فيه خيار الشرط كالبيع.

فإن قيل: ثبوت الخيار في البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه؟ فالجواب ما ذكرنا أن عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه وهو أن يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك المعنى موجوداً في موضع القياس وقد وجد ههنا على ما ذكرنا، ولا يجوز شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة، فإن أبطل خياره في الأيام الثلاثة جاز كالبيع، وإن لم يبطل حتى مضت ثلاثة أيام يتمكن الفساد كما في البيع، وعندهما يجوز قلّت المدة أو كثرت بعد أن كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما في البيع.

فصل: وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه فله أن يبيع ويشتري لأنه صار مأذوناً في التجارة والبيع والشراء من باب التجارة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأي جنس كان وبالنقد وبالنسيئة في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس في مثله وبالدراهم والدنانير وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يبيع ويشتري من مولاه، لأن المكاتب فيما يرجع إلى مكاسبه ومنافعه كالحر فكان فيها بمنزلة الأجنبي فيجوز بيعه من مولاه وشراؤه منه كما يجوز ذلك من الأجنبي إلا أنه لا يجوز له أن يبيع ما اشترى من مولاه مرابحة إلا أن يبين، وكذلك المولى فيما

اشترى منه، لأن بيع المرابحة بيع أمانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما أمكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه فيجب أن يبين حتى يرتفع الشبهة، ولا يجوز له أن يبيع من مولاه درهماً بدرهمين لأنه بعقد المكاتبة صار أحق بمكاسبه فصار الأجنبي في المعاوضة المطلقة.

وكذا لا يجوز ذلك للمولى لما بينا وله أن يأذن لعبده في التجارة لأن الإذن في التجارة وسيلة إلى الاكتساب والمكاتب مأذون في الاكتساب، فإن لحقه دين بيع فيه إلا أن يؤدي عنه المكاتب، لأن إذنه قد صح فصحت استدانته فيباع فيه كما في عبدٍ لحر وله أن يحط شيئاً بعد البيع لعيب ادعى عليه أو يزيد في ثمن شيء قد اشتراه، لأنه بالكتابة صار مأذوناً بالتجارة، وهذا من عمل التجارة وليس له أن يحط بعد البيع بغير عيب.

ولو فعل لم يجز لأنه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وله أن يرد ما اشترى بالعيب إذا لم يرض به سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه، لأنه أولى بكسبه من مولاه فصار كالعبد المأذون إذا كان عليه دين وله [ب/٢٠٣/ج] الشفعة فيما اشتراه المولىٰ وللمولىٰ الشفعة فيما اشتراه/ المكاتب، لأن أملاكهما متميزة، ولهذا جاز بيع أحدهما من صاحبه فصارا كالأجنبيين وله أن يأذن لعبده في التجارة، لأنه من باب الاكتساب ولا تجوز هبة المكاتب شيئاً من ماله ولا إعتاقه سواء عجز بعد ذلك أو عتق وترك وفاء، لأن هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع.

وحكي عن ابن أبي ليلى أنه قال: عتقه وهبته موقوفان، فإن عتق يوماً مضى ذلك عليه، وإن رجع مملوكاً بطل ذلك.

وجه قوله: أن حال المكاتب موقوف بين أن يعتق وبين أن يعجز فكذا حال عتقه وهبته، والجواب أن العقد عندنا إنما يتوقف إذا كان له مجيز حال وقوعه وههنا لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف، فإذا وهب هبة أو تصدق ثم عتق ردت إليه الهبة والصدقة حيث كانت؛ لأن هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف، وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل، أما بغير بدل فلما قلنا، وأما ببدل فلأن الإعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب، لأن العتق فيه يثبت بنفس القبول ويبقى البدل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كما لا يملك التنجيز كما لو قال له إن دخلت الدار فأنت حر لا يصح.

وكذا إذا قال: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر لا يصح، لأن ذلك تعليق وليس بمكاتبة لما ذكرنا في كتاب العتاق، وللمكاتب أن يكاتب عبداً من أكسابه استحساناً، والقياس أن لا يجوز لأنه عقد يفضي إلى العتق فلا يجوز كما لو أعتقه على مال.

وجه الاستحسان: أن المكاتبة نوع اكتساب المال والمكاتب يملك اكتساب المال، ولهذا ملك البيع، وكذا المكاتبة بخلاف الإعتاق على مال فإن ذلك ليس باكتساب المال.

ألا ترى أن المكتسب بعد الإعتاق لا يكون له بل يكون للعبد وإنما المكاتب له دين يتعلق بذمة المفلس فكان ذلك إعتاقاً بغير بدل من حيث المعنى، وفي المكاتبة المكسب يكون للمكاتب فلم يكن إعتاقاً بغير بدل فافترقا.

وكذا لو اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق، لأن شراء القريب إعتاق وهو لا يملك الإعتاق، ولو اشترى ذا رحم محرم من مولاه لا يعتق على مولاه، لأن هذا كسب المكاتب والمولى لو أعتق عبداً من إكسابه صريحاً لا يعتق فبالشراء أولى؛ فإن أدى الأعلى أولاً عتق وثبت ولاؤه من المولى، لأن العتق حصل منه، فإذا أدى الأسفل بعد ذلك يثبت ولاؤه من الأعلى، لأنه بالعتق صار من أهل ثبوت الولاء منه، وإن أدى الأسفل أولاً يعتق ويثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت من الأعلى، لأنه ليس من أهل ثبوت الولاء فإن عتق بعد ذلك لا يرجع إليه الولاء، لأن ولاء العتاقة متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال، وإن أديا جميعاً معاً ثبت ولاؤهما معاً من المولى وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والده.

والأصل: أن كل من لا يجوز له أن يبيعه لا يجوز له أن يكاتبه إلا أم ولده لأن هؤلاء يعتقون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه، ولأنهم قد دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز أن يكاتبوا ثانياً بخلاف أم الولد ولا يملك التصديق إلا بشيء يسير حتى لا يجوز له أن يعطي فقيراً درهماً ولا أن يكسوه ثوباً، وكذا لا يجوز أن يهدي إلا بشيء قليل من المأكول وله أن يدعو إلى الطعام لأن ذلك عمل التجار.

وقد روي «**أَنَّ سلمانَ رضي اللَّهُ عَنْهُ أَهْدَى إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ وكَانَ مكاتباً فقَبِلَ ذَلك منْه**»[1]، وكذا روي «**أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ كانَ يُجِيبُ دعوةَ المَمْلوكِ**»[2]، ولأن ذلك وسيلة إلى أداء مال الكتابة لأنه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الإهداء إليه فيمكن من أداء بدل الكتابة ويملك الإجارة والإعارة والإيداع، لأن الإجارة من التجارة، ولهذا ملكها المأذون بالتجارة والإعارة والإيداع من عمل التجار وضرورات التجارة، ولا يجوز له أن يقرض، لأن القرض تبرع بابتدائه.

وقيل: معنى قوله لا يجوز أي لا يطيب للمستقرض أكله لا أن لا يملكه المستقرض حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه، لأنه تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضموناً عليه، وهذا كما قلنا في حق الإعتاق أنه لا يجوز، ومعناه أنه لا يطيب له أكله لكنه يكون مضموناً عليه حتى لو كان عبداً فأعتقه نفذ إعتاقه، لأنه أعتق ملك نفسه كذا قرض المكاتب، ولا تجوز وصيته لأنها تبرع ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس بإذن المولى ولا بغير إذنه لأنها تبرع.

أما الكفالة بالنفس فلأنها التزام تسليم النفس من غير عوض والكفالة بالمال التزام تسليم المال من غير عوض إن كانت بغير إذن المكفول/ عنه، وإن كانت بإذنه، فهي وإن كانت مبادلة في الانتهاء فهي تبرع في [أ/٢٠٤/ج] الابتداء، والمكاتب ليس من أهل التبرع، وسواء أذن المولى فيها أو لم يأذن، لأن المولى لا يملك كسبه فلا يصح إذنه بالتبرع، ويجوز له أن يتوكل بالشراء، وإن كان ذلك يوجب ضماناً عليه للبائع وهو الثمن، لأن عند بعض مشايخنا ملك المبيع يثبت له أولاً ثم ينتقل منه إلى الموكل فصار كالبيع منه، وعند بعضهم إن كان لا

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» رقم (٥/ ٤٣٩، ٤٤٤).
(٢) أخرجه الترمذي في «السنن» كتاب الجنائز باب آخر برقم (١٠١٧) وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق رقم (٢٢٩٦) وفي كتاب الزهد باب البراء من الكبر، والتواضع برقم (٤١٧٨).
وأبو يعلى في «المسند» (٧/ ٤٢٤٣).
وقال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث مسلم عن أنس، ومسلم الأعور يُضعَّف. وهو مسلم بن كيسان.

يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة، فإن أدى فعتق لزمته الكفالة، لأن الكفالة وقعت صحيحة في حقه، لأنه أهل إلا أنه لا يطالب به في الحال، لأنه لم يصح في حق المولى، فإذا عتق فقد زال حق المولى فيطالب به كالعبد المحجور إذا كفل ثم عتق، بخلاف الصبي إذا كفل ثم بلغ، لأن الصبي ليس من أهل الكفالة، لأنه ليس له قول صحيح في نفسه بخلاف العبد تصرف في ملكه وتجوز كفالته عن سيده، لأن بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعاً بها والأداء إليه وإلى غيره سواء، وهل يجوز له قبول الحوالة فهذا على وجهين: إن كان عليه دين لإنسان، وعلى صاحب الدين دين لآخر فأحاله على المكاتب فهو جائز، لأنه ضمن مالاً كان واجباً عليه فلم يكن متبرعاً، ولا فرق بين أن يؤدي إلى هذا أو إلى غيره.

وإن كان لإنسان على آخر دين فأحاله على المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي أحال عليه لا يجوز، لأنه تبرع وله أن يشارك حراً شركة عنان وليس له أن يشاركه شركة مفاوضة، لأن مبنى المفاوضة على الكفالة وهو ليس من أهل الكفالة وشركة العنان غير مبنية على الكفالة بل على الوكالة والمكاتب من أهل الوكالة.

ولو كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه إما أن كاتبهما على مال وجعل كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، وإما أن كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه ولكنه قال: إن أديا عتقا، وإن عجزا ردا في الرق، وإما إن كاتبهما على مال ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ولم يقل أيضاً إن أديا عتقا، وإن عجزا ردا في الرق، أما إذا كاتبهما على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالقياس أن لا تجوز هذه الكتابة.

وفي الاستحسان: يجوز إذا قبلا.

وجه القياس: أن هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة المكاتب عن غير المولى لا تصح، ولأنه كفالة ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة.

وجه الاستحسان: أن هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق العتق بالأداء والمولى يملك تعليق عتقهما بأداء كل واحد منهما، ولو فعل هكذا كان جائزاً كذلك هذا.

وأما إذا كاتبهما على ألف درهم على أنهما إن أديا عتقا، وإن عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب في قول علمائنا الثلاثة، وعند زفر: كل واحد منهما مكاتب على حدة فأيهما أدى حصته يعتق.

وجه قوله: أن كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة فلا يجب عليه كتابة غيره ما لم يشترطا ولم يوجد الشرط.

ولنا: أن المولى علق عتقهما بأداء الألف فما لم يوجد لا يقع العتق كما إذا قال لعبدين له إن دخلتما هذه الدار فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخلا جميعاً فكذلك ههنا لا يعتق واحد منهما إلا بأداء الألف وإذا لم يعتق واحد منهما إلا بأداء الألف صار جميع الألف على كل واحد منهما فصار كما إذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه.

ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق والعتاق إن من قال لامرأتين له إن شئتما فأنتما طالقان، أو قال لعبدين له إن شئتما فأنتما حران أنه على قول زفر أيهما شاء يعتق وانصرف مشيئة كل واحد منهما إلى عتق نفسه وطلاق نفسها، وفي قول علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيئتهما جميعاً في طلاقيهما جميعاً أو في عتقيهما جميعاً لا يعتق واحد منهما كذلك ههنا.

وأما الفصل الثالث: وهو ما إذا كاتبهما على ألف درهم ولم يقل إن أديا عتقا وإن عجزا رُدَا في الرق فأيهما أدى حصته فإنه يعتق في قولهم جميعاً، لأنه لم يعلق عتقهما بأدائهما جميعاً فانصرف نصيب كل واحد منهما إليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتباً على حدة ثم إذا كاتبهما كتابة واحدة فأدى أحدهما شيئاً منه كان له أن يرجع على صاحبه بنصفه، بخلاف ما إذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأدى أحدهما شيئاً أنه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف، فإذا جاوز النصف يرجع على صاحبه بالزيادة.

وجه الفرق: أن من مسألتنا هذه لو جعلنا أداء عن نفسه أدى ذلك إلى تغيير شرط المولى، لأنه يعتق ومن شرط المولى عتقهما جميعاً، فإذا كان الأمر/ هكذا فكان أداؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدي إلى [ب/٢٠٤/ج] تغير شرط المولى وهذا المعنى لم يوجد في تلك المسألة، فإن أداءه عن نفسه لا يؤدي إلى تغيير شرط المولى فكان أداؤه عن نفسه إلى النصف لأن نصف الدين عليه، فإن مات أحد المكاتبين لا يسقط شيء من الكتابة ويؤخذ من الحي جميع الكتابة وبمثله لو أعتق أحدهما سقطت حصته.

ووجه الفرق: بينهما أن الميت من أهل أن تكون عليه الكتابة، ألا ترى أن المكاتب إذا مات عن وفاء يؤدى كتابته، وكذا لو ترك ولداً تؤخذ منه الكتابة، فأما المعتق فليس من أهل أن تجب عليه الكتابة.

ألا ترى أن المكاتب لو كان واحداً فأعتقه المولى بطلت عنه الكتابة وكذلك ههنا تبطل حصته والمولى بالخيار إن شاء أخذ بحصته المكاتب، وإن شاء أخذ المعتق بحق الكفالة، فإن أخذ المكاتب لا يرجع عليه، لأنه أدى دين نفسه، وإن أخذ المعتق وأدى رجع على المكاتب لأنه كفيله، ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير إذن مولاه.

وكذا المكاتبة لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، وقد قال رسول الله ﷺ: «أَيّما عَبْد تزوّج بغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»[1] ولأن المولى يملك رقبة المكاتب، والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أنه لا ينفرد أحدهما بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته، لأن جواز الإنكاح يعتمد الولاية ولا ولاية له إذ هو عبد ولا يزوج عبده لما قلنا ويزوج أمته ومكاتبته، لأن تزويجهما من باب الاكتساب وعقد الكتابة عقد اكتساب المال بخلاف تزويج العبد، لأنه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتساباً، ويجوز إقراره بالدين واستيفاؤه، لأن ذلك من ضرورات التجارة، والمكاتبة إذن بالتجارة فكان هو إذناً بما هو من ضرورات التجارة؛ ولا تجوز وصية المكاتب في ماله، وإن ترك وفاه، أما إذا لم يترك وفاه فلا شك فيه، لأنه مات عبداً

(١) أخرجه الترمذي في «الجامع» كتاب النكاح باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده برقم (١١١١، ١١١٢).
أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب النكاح باب في نكاح العبد بغير إذن سيده (٢٠٧٨).

فلا يجوز وصيته، وأما إذا ترك وفاء، فلأنا وإن حكمنا بعتقه فإنما حكمنا به قبيل الموت بلا فصل وتلك الساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية.

ولو أوصى، ثم أدى للكتابة في حال حياته وعتق، فإن وصيته على ثلاثة أوجه في وجه لا تجوز بالإجماع، وفي وجه تجوز بالإجماع، وفي وجه اختلفوا فيه، فأما الوجه الذي تجوز بالإجماع فهو أن يقول إذا عتقت فثلث مالي وصية فأدى فعتق ثم مات صحت وصيته بالإجماع، لأنه أضاف الوصية إلى حال الحرية والحر من أهل الوصية.

وأما الوجه الذي لا تجوز بالإجماع وهو أن يوصي بعين ماله لرجل فأدى فعتق ثم مات لا يجوز، لأنه ما أضاف الوصية إلى حال الحرية وإنما أوصى بعين ماله فيتعلق بملكه في ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا يجوز إلا إذا أجاز تلك الوصية بعد العتق فتجوز، لأن الوصية مما يجوز الإجازة بدليل أن رجلاً لو قال لورثته أجزت لكم أن تعطوا ثلث مالي فلاناً كان ذلك منه وصية.

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما إذا أوصى بثلث ماله ثم أدى وعتق ثم مات قال أبو حنيفة لا تجوز الوصية إلا أن يحددها بعد العتق، لأنها تعلقت بملك المكاتب وملكه لا يحتمل المعروف، وقال أبو يوسف ومحمد: تجوز، وهذا نظير ما ذكرنا في كتاب العتاق أنه إذا قال العبد أو المكاتب كل مملوك أملكه إذا أعتقت فهو حر فأعتق ثم ملك مملوكاً يعتق بالإجماع، ولو لم يقل إذا أعتقت لا يعتق بالإجماع.

ولو قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق وملك مملوكاً لا يعتق في قول أبي حنيفة، وعندهما يعتق والحجج على نحو ما ذكرنا في العتاق، ويجوز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى في آية الصدقات ﴿وفي الرِّقابِ﴾ قيل في التفسير ما أداها المكاتبون، ويحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من المكاتبة ويحل له تناوله بعد العجز، وإن كان المولى غنياً لأن العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكماً، وإن كانت عيناً واحدة حقيقة.

والأصل فيه ما روي: «أن بريرة رضي الله عنها كانت يتصدق عليها، وكانت تهدي ذَلِكَ إلى رسولِ الله ﷺ وكانَ يأكلُ مِنهُ ويقولُ: هو لها صَدَقَة وَلنا هدية» وكذلك الفقير إذا مات وترك مالاً جمعه من الصدقات ووارثه غني يحل له أكله لما قلنا.

ولو أوصى المكاتب إلى رجل أي جعله وصياً ثم مات، فإن مات من غير وفاء بطل إيصاؤه، لأنه مات عبداً والعبد/ [أ/٢٠٥/ج] ليس من أهل الإيصاء، وإن مات بعدما أدى بدل الكتابة جاز الإيصاء وتكون وصيته كوصية الحر، لأن الولاية إنما تنتقل إليه عند الموت وعند الموت كان حراً فتنتقل الولاية إليه فصار كوصي الحر، وإن مات عن وفاء ولم يؤد في حال حياته، فإن وصيه يكون وصياً على أولاده الذين دخلوا في كتابته دون الأولاد الأحرار الذين ولدوا من امرأة حرة ويكون أضعف الأوصياء كوصي الأم فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية الزيادات، وعلى رواية كتاب القسمة جعل كوصي الأب حيث أجاز قسمته في العقارات والقسمة تمنع البيع والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما يملك المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبة نذكره في فصل الحكم إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما صفة المكاتبة فنوعان:

أحدهما: أنها عقد لازم من جانب المولى إذا كان صحيحاً حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب إذا لم يحل نجم أو نجمان على الخلاف غير لازم في جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى، لأنه عقد شرع نظراً للعبيد وتمام نظرهم أن لا يلزم في حقهم، ويجوز رد المكاتب إلى الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضي عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز رده إلا عند القاضي، لأن العقد قد صح فلا ينفسخ إلا بقضاء القاضي.

ولنا: ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافه، وإليه أشار في «الأصل» فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما؛ ولأن المكاتب قد ثبت له الخيار في عقد الكتابة. لأن له أن يعجز نفسه ومن له الخيار في العقد إذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضي كالبيع بشرط الخيار وغيره، فأما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر، لأن العقد الفاسد واجب النقض والفسخ حق للشرع رفعاً للفساد كالبيع الفاسد وغيره.

والثاني: أنها متجزئة في قول أبي حنيفة وعندهما غير متجزئة لأنها عقد يفضي إلى العتق والعتق متجزىء عنده، وعندهما لا يتجزأ كذا المكاتبة، وعلى هذا يخرج ما إذا كاتب رجل نصف عبده أنه جازت الكتابة في النصف وصار نصفه مكاتباً عند أبي حنيفة، لأن الكتابة متجزئة عنده فصحت في ذلك النصف لا غير وصار في النصف الآخر مأذوناً بالتجارة، لأن الكتابة تقتضي وجوب أداء بدل الكتابة ولا يمكنه الأداء إلا بالإذن والإذن لا يتجزأ فصار الإذن في قدر الكتابة إذناً في الكل فصار مأذوناً في الكل ونصفه مكاتب، فإن أدى عتق نصفه وصار النصف الآخر مستسعى، فإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى غير مشقوق عليه بمنزلة رجل أعتق نصف عبده، فإن اكتسب العبد مالاً قبل الأداء فنصفه له ونصفه للمولى في قول أبي حنيفة، لأن نصفه مكاتب ونصفه رقيق في قولهما، والكسب كله للمكاتب، لأنه كله صار مكاتباً وما اكتسب بعد الأداء فكله للمكاتب بالإجماع وليس للمولى فيه شيء.

أما على قولهما: فلا يشكل لأنه حر عليه دين، وأما على أصل أبي حنيفة فلأن المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له، وإذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك، لأنه لما كاتب نصفه فقد أذن له بالاكتساب، لأنه لا يتوصل إلى أداء بدل الكتابة إلا بالكسب فلا يملك الحجر عليه إلا بعد فسخ الكتابة ولا يفسخ إلا برضاه بخلاف العبد المأذون كله أنه يملك حجره ومنعه من الاكتساب، لأنه إنما صار مأذوناً بالقول فيصير محجوراً عليه بحجره والأذن ههنا لا يثبت بالقبول بل مقتضى الكتابة فلا يصير محجوراً عليه إلا بفسخ الكتابة، فإن أراد أن يخرج من المصر فله منعه بالقياس ولكن استحسن أن لا يمنعه، وكذلك إذا أراد أن يستخدمه يوماً أو يستسعيه يوماً ويخلي عنه يوماً للكسب له ذلك في القياس ولكن استحسن أن لا يتعرض له في شيء حتى يؤدي أو يعجز كذا ذكر في «الأصل».

وجه القياس: أن نصفه رقيق لم تزل يده عنه فله أن يمنعه من الخروج من المصر لأجل النصف فيقول له: إن كان نصفك مكاتباً فالنصف الآخر غير مكاتب فلي المنع فكان له أن يمسكه ويستخدمه يوماً كالعبد المشترك.

وجه الاستحسان: أنه بعقد الكتابة صار مأذوناً بالاكتساب وذلك بالخروج إلى الأمصار فلا يجوز له منعه وأن يحول بينه وبين الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه أن يخرج بالنصف دون النصف أو يستخدم النصف دون النصف، فإما أن يجعل النصف الذي هو مكاتب تبعاً للنصف الذي ليس بمكاتب أو يجعل النصف الذي هو غير مكاتب تبعاً للنصف الذي هو مكاتب، وهذا الثاني أولى لأن الحرية والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية الرق، وفي الكتابة شعبة من العتق لأنها تعقد للعتق في المستقبل وهي سبب من أسبابه، وإذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يبيع الباقي، فإن باعه من غير العبد لا يجوز، لأن حق الحرية تعلق بالرقبة فلا يجوز بيعه من غيره كما لو أعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه أنه لا يجوز كذا هذا، ولأن المكاتب له أن يكتب ويخرج من المصر بغير إذن المولى فصار كأنه باعه بشرط أن لا يسلم إلى المشتري، ولو فعل هكذا كان البيع فاسداً كذلك هذا.

ولو باع نصف نفسه من العبد لا يجوز، لأن العبد من نفسه بيع في الحقيقة بل هو إعتاق بمال بدليل أن الولاء يثبت منه بدليل أنه لو باع نفس المدبر من المدبر يجوز، ولو كان بيعاً لما جاز، وإذا أعتق نصفه فالعبد بالخيار إن شاء أدى الكتابة وعتق، وإن شاء عجز ويسعى في نصف قيمته، لأنه يوجه إليها وجهاً عتق في ذلك النصف عتق بأداء الكتابة وعتق بالسعاية فله أن يميل إلى أي الوجهين شاء: عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فالأمر لا يخلو إما أن كاتب نصفه أو كله، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بإذن شريكه أو بغير إذنه، وإذا أذن فلا يخلو إما أن أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن.

فإن كاتب نصفه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتباً لكن لشريكه أن ينقض الكتابة لأنه يتضرر به في الحال، وفي ثاني الحال، لأنه لا يجوز بيعه في الحال لأن نصفه مكاتب، وفي الثاني يصير مستسعى فكان له حق الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخه إلا بقضاء القاضي، لأن الشريك الذي كاتب تصرف في ملك نفسه فلا يفسخ تصرفه إلا بقضاء القاضي أو برضا العبد، فإن لم يعلم به الشريك حتى أدى عتق نصفه، لأن الكتابة نفذت في نصيبه، فإذا وجد شرط العتق عتق ثم الذي لم يكاتب له أن يرجع على الشريك فيقبض منه نصف ما أخذ، لأن ما أخذه كان كسب عبد بينهما فكان له أن يشاركه في المأخوذ ثم الذي كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لأنه كاتبه على بدل ولم يسلم له إلا نصفه فكان له أن يرجع عليه إلى تمام البدل وما يكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الأداء.

وأما ما اكتسبه بعد الأداء فهو له خاصة، لأنه بعد الأداء يصير مستسعى والمستسعى أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد، فإن اختلف العبد والمولى، فقال العبد هذا كسب اكتسبته بعد الأداء، وقال المولى بل اكتسبه قبل الأداء فالقول قول العبد، لأن الكسب شيء حادث فيحال حدوثه إلى أقرب الأوقات وصار

الحكم بعد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما، فإن كان موسراً فللشريك ثلاث اختيارات، وإن كان معسراً فخياران.

هذا إذا كان بغير إذن الشريك، فإذا كان بإذنه، فإن كان لم يأذن له بقبض الكتابة فهذا والأول سواء إلا في فصلين:

أحدهما: أنه لا يكون له حق الفسخ ههنا لوجود الرضا.

والثاني: أنه ليس له أن يضمنه نصف قيمة العبد بعدما عتق لأنه رضي بالعتاق حيث أذن له في الكتابة، وإن كان أذن له بقبض بدل الكتابة فهذا والأول سواء إلا في ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما.

والثالث: أن ما قبض ليس له أن يشاركه.

هذا إذا كاتب النصف، فأما إذا كاتب الكل فهذا والأول سواء إلا في فصل واحد وهو أنه إذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض من الكتابة لا يرجع بذلك على المكاتب، هذا إذا كان بغير إذن الشريك، فأما إذا كان بإذنه وأجاز قبل أن يؤدي صار مكاتباً بينهما فلا يعتق جميعه إلا بأداء الألف إليهما معاً عتق وإن أدى إلى أحدهما أولاً لا يعتق، لأن المكاتبة وقعت بصيغة واحدة، هذا إذا لم يأذن له بقبض الكتابة، فإن أذن له بقبض الكتابة، فإن أدى إليهما عتق كله، وإن أدى جميعه إلى الذي كاتب عتق كله والألف بينهما، وإن أدى كله إلى الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه إلى شريكه، وهذا كله قول أبـي حنيفة/ . [أ/٢٠٦/ج]

وأما على قولهما: فإن كتابة النصف وكتابة الجميع سواء لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ، فإن لم يجز صاحبه حتى أدى عتق كله ويأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذي لم يكاتب والولاء كله للذي كاتبه ويضمن حصة شريكه إن كان موسراً، ويسعى العبد إن كان معسراً، وإن أجاز شريكه صار مكاتباً بينهما، فإن أدى إليهما معاً عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب، وإن أدى إلى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه إلى الآخر إلا إذا أذن لشريكه بقبض الكتابة، فإن أدى كله إلى المأمور عتق، وإن أدى كله إلى الآمر لا يعتق حتى يصل نصفه إلى المأمور.

ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد بأن كاتب أحدهما نصيبه على ألف درهم ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتباً له، فإذا أدى إليهما معاً عتق، وإن أدى إلى أحدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض، لأنه لما كاتب صار راضياً بكتابته وللمكاتب أن يقضي غريماً دون غريم ونصيب الآخر مكاتب على حاله، فإذا أدى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما، وإن لم يؤد نصيب الآخر ولكنه عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما، والجواب فيه معروف.

وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار نصيب كل واحد منهما مكاتباً له بالبدل الذي سمى فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق، والحكم فيه ما ذكرنا أن لو كاتب كل واحد منهما نصيبه، وهذا قول أبـي حنيفة.

وأما على قولهما: فكتابة البعض وكتابة الكل سواء، فإن أدى إليهما عتق والولاء بينهما، وإن أدى إلى أحدهما أولاً عتق كله من المؤدىٰ إليه وثبت الولاء منه ويضمن إن كان موسراً ويسعى العبد إن كان معسراً إلا أن على قول محمد يضمن أو يسعى العبد في نصف القيمة أو في كتابة الآخر في الأقل منهما، وقال أبو يوسف: بطلت كتابة الآخر وإنما يضمن العبد أو يسعى في نصف قيمته لا غير.

ولو كان عبد بين اثنين فكاتباه جميعاً مكاتبة واحدة فأدى إلى أحدهما حصته لم يعتق حصته منه ما لم يؤد جميع الكتابة إليهما، لأنهما جعلا شرط عتقه أداء جميع المكاتبة فلا يعتق إلا بوجود الشرط. بخلاف ما إذا كان لكل واحد منهما عبد فكاتباهما جميعاً مكاتبة واحدة أن كل واحد منهما يكون مكاتباً على حدة حتى لو أدى حصته يعتق، لأن ههنا لو جعل كل نصف مكاتباً على حدة لأدى إلى تغيير شرطهما لأن شرطهما أن يعتق بأداء الكل فلا يعتق أحدهما إلا بأداء جميع الكتابة حتى لا يؤدي إلى تغيير الشرط، وهذا المعنى لم يوجد هناك، لأن عتق أحدهما لا يؤثر في الآخر فكان الشرط فيه لغواً.

مكاتب بين رجلين أعتقه أحدهما.

قال أبو حنيفة: لا ضمان عليه في ذلك لشريكه موسراً كان أو معسراً، لأن نصيب الآخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزئاً عنده، فإن أدى عتق والولاء بينهما لوجود الإعتاق منهما، وإن عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما، والحكم فيه ما ذكرنا في كتاب العتاق، وعلى قولهما عتق كله، لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما والولاء له إلا أن على قول أبي يوسف صار حكمه حكم عبد بين اثنين أعتقه أحدهما.

وعلى قول محمد: إن كان المعتق موسراً ينظر إلى قدر نصيب شريكه وإلى باقي الكتابة فأيهما كان أقل ضمن ذلك، وإن كان معسراً سعى العبد في الأقل، فإن لم يعتقه أحدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبراً ويكون مكاتباً على حاله لأن التدبير لا ينافي الكتابة، فإن أدى الكل عتق والولاء يثبت منهما، وإن عجز صار كعبد بين اثنين دبره أحدهما صار نصيبه مدبراً ولشريكه خمس خيارات إن كان موسراً وإن كان معسراً فأربع خيارات، وهذا قول أبي حنيفة.

وفي قولهما: صار كله مدبراً، لأن التدبير لا يتجزأ فبطلت الكتابة ويضمن لشريكه نصف القيمة موسراً كان أو معسراً في قول أبي يوسف، وعلى قياس قول محمد وجب أن يضمن الأقل من نصف القيمة ومن جميع ما بقي من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كاتب جارية فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسب الولد منه وصار نصيبه أم ولد له.

أما ثبوت النسب: فلا خلاف فيه لأن المولى إذا ادعى ولد مكاتبته ثبت النسب، لأن فيه تأويل الملك [ب/٢٠٦/ح] ثم المكاتبة بالخيار/ إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها، لأنه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلها أن تختار أيهما شاءت ولا تصير كلها أم ولد، لأن الاستيلاد عندنا يتجزأ فيما لا يمكن نقل الملك فيه فإن مضت على الكتابة أخذت منه عقرها واستعانت به على أداء بدل الكتابة، وإن عجزت نفسها وردت إلى الرق فإنها تصير أم ولد للمستولد، لأن المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال ويضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبة ونصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيئاً وهذا قول أبي حنيفة.

وعلى قولهما: صارت الجارية كلها أم ولد، لأن الاستيلاد لا يتجزأ وبطلت الكتابة فيغرم للشريك

نصف القيمة ونصف العقر موسراً كان أو معسراً، وعلى قول محمد وجب أن يضمن الأقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه.

عبد كافر بين مسلم وذمي كاتب الذمي نصيبه بإذن شريكه على خمر جازت الكتابة في قول أبـي حنيفة، ولا تجوز في قول أبـي يوسف ومحمد ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني منه من الخمر بناء على أن الكتابة متجزئة عند أبـي حنيفة كالعتق، فلما كاتب الذمي نصيبه على خمر بإذن شريكه وقعت المكاتبة على نصيب نفسه خاصة والذمي إذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو باع نصيبه بخمر.

وأما عندهما: فالكتابة فاسدة لأن من أصلهما أن العقد انعقد لهما حيث كانت بإذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمي لأنها كتابة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني من الخمر، لأن المسلم ممنوع من قبض الخمر.

وإن كاتباه جميعاً على خمر مكاتبة واحدة لم يجز في نصيب واحد منهما، أما في نصيب المسلم فلا يشكل، وأما في نصيب الذمي فلأن المكاتبة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل الكل، ولو أدى إليهما عتق وعليه قيمته للمسلم وللذمي نصف الخمر وإنما عتق بالأداء إليهما، لأن الكتابة فاسدة، وهذا حكم الكتابة الفاسدة أنه إذا أدى يعتق كما إذا كاتب المسلم عبده على خمر فأدى إلا أنه لا يسعى في نصف قيمته للمسلم ولا يسعى في نصيب الذمي، لأن الذمي قد سلم له شرطه، لأن الخمر مال متقوم في حق المسلم فيسعى في نصف قيمته له والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم المكاتبة ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق: المكاتبة أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة أما الصحيحة فلها أحكام: بعضها يتعلق بما قبل أداء بدل الكتابة، وبعضها يتعلق بأداء بدل الكتابة؟.

أما الأول: فزوال يد المولى عن المكاتب وصيرورة المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة المولى كالأجنبي عنها وثبوت حق المطالبة للمولى ببدل الكاتبة وثبوت حق الحرية للمكاتب لأن ما هو المقصود من هذا العقد لا من الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة.

اختلف المشايخ فيه قال عامتهم: لا تزول، وقال بعضهم: تزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري على أصل أبـي حنيفة أن المبيع يزول عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، وهذا غير سديد لأن الملك صفة إضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف إليه كسائر الأوصاف الإضافية من الأبوة والبنوة والأخوة والشركة ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له، وهكذا نقول في باب البيع لأن البيع في الحقيقة ملك البائع أو ملك المشتري إلا أنا لا نعلم ذلك في الحال لأنا لا نعلم أن العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف في علمنا بجهلنا بعاقبة الأمر وعند الإجازة أو الفسخ يتبين أنه كان ثابتاً للمشتري أو للبائع من وقت البيع حتى يظهر في حق الرواية هذا معنى قول أبـي حنيفة في تلك المسألة.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا كاتب عبده كتابة صحيحة صار مأذوناً في التجارة لأنه وجب عليه أداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الأداء إلا بالكسب والتجارة كسب وليس له أن يمنعه من الكسب ولا من السفر، ولو شرط عليه أن لا يسافر كان الشرط باطلاً والكتابة صحيحة لما مر، وليس له أن يأخذ الكسب من يده،

لأن كسبه له ولا يجوز له إجارته ورهنه، لأن الإجارة تمليك المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن إثبات ملك اليد للمرتهن وملك اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله/ لأن ذلك تصرف في المنفعة والمنافع له [٢٠٧/أ ج]
ويجوز إعتاقه ابتداء بلا خلاف، لأن جوازه يعتمد ملك الرقبة وأنه قائم سواء كان المولى صحيحاً أو مريضاً غير أنه إن كان صحيحاً يعتق مجاناً، وإن كان مريضاً والعبد يخرج من الثلث فكذلك.

وكذلك إذا كان لا يخرج من الثلث لكن جازت الورثة وإن لم تجز الورثة فله الخيار في قول أبـي حنيفة إن شاء سعى في ثلثي القيمة حالاً، وإن شاء سعى في ثلثي الكتابة مؤجلاً، وعند أبـي يوسف ومحمد لا خيار له ويسعى في الأقل لأن الكتابة سبقت الإعتاق والإعتاق في المرض بمنزلة التدبير، ولو دبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا في كتاب التدبير.

كذا إذا أعتقه في المرض ويجوز له إعتاقه عن الكفارة عندنا خلافاً للشافعي والمسألة تذكر في كتاب الكفارات.

ولو أعتق الولد المولود أو المشتري في الكتابة جاز، ولا يسقط شيء من بدل الكتابة، والقياس: أن لا يجوز إعتاقه، وهو قول زفر.

وجه القياس: أن في إعتاقه الولد إبطال حق المكاتب لأنه يملك كسب ولده المولود والمشترى وبالإعتاق يبطل، وإليه أشار في الأصل فقال لأن للمكاتب أن يستخدمهم.

وجه الاستحسان: أن المكاتب إنما يسعى في حرية نفسه وأولاده وقد نال هذا المقصود وإنما لا يسقط من بدل الكتابة شيء، لأن البدل كله على المكاتب فلا يسقط شيء منه بعتق الولد، ولو أعتق أم ولد المكاتبة لم يجز، لأن المكاتب لو عتق كانت هي أم ولد على حالها، لأنها لم تصر مكاتبة بكتابته فلا تعتق بعتق المكاتب ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف، لأن فيه إبطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز بيعه كالمدبر وأم الولد، وإن رضي به المكاتب جاز ويكون ذلك فسخاً للكتابة، لأن امتناع الجواز كان لحق المكاتب، فإذا رضي فقد زال المانع.

وذكر ابن سماعة عن محمد: أن المولى والمكاتب إذا اجتمعا في البيع قال البيع لا يجوز، والصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما باعه المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون إقالة والكتابة تحتمل الإقالة، وما روي عن عائشة رضي الله عنها: «أنّها اشترتْ بريرةَ وكانَتْ مكاتبةً» فمحمول على أن ذلك كان برضاها وعلى هذا الهبة والصدقة والوصية.

ولو كاتب جارية لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها، لأن ذلك انتفاع بها والمولى كالأجنبي في منافعها، ولو وطئها غرم العقر لها تستعين به على أداء بدل الكتابة، لأنه بدل منفعة مملوكة لها.

ولو وطئها فعلقت منه ثبت نسب الولد إذا ادعاه لأن النسب يثبت بشبهة الملك وتأويل الملك فلأن يثبت بحقيقته أولى صدقته المكاتبة أو كذبته لما مر، ثم إن جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر فعليه العقر، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا عقر عليه والمكاتبة بالخيار إن شاءت مضت على كتابتها فأدت وعتقت

وأخذت العقر إذا كان العلوق في حال الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاد.

ولو جنى المولى على المكاتب غرم الأرش ليستعين به على الكتابة، ولو استهلك شيئاً من كسبه فهو دين عليه، لأنه أحق بكسبه من المولى فكان في مكاسبه كالحر وكذا ما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا.

ولو اشترى المكاتب امرأته لا ينفسخ النكاح، وكذا إذا اشترت المكاتبة زوجها، لأن الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة أنها تمنع من إنشاء النكاح، وإذا طرأت على النكاح لا تبطله، ولهذا قال أصحابنا إن المولى إذا زوج ابنته من مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الأب، لأن البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل يثبت لها حق الملك فيمنع ذلك من الابتداء ولا يمنع من البقاء فكذا هذا، ولو سرق منه يجب القطع على السارق، لأن المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه فكان له حق الخصومة فيه كالحر فيقطع بخصومته.

ولو جنى المكاتب على إنسان خطأ فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية لأن رقبته مملوكة للمولى إلا أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الكتابة فصار كالعبد القن إذا جنى جناية، ثم أعتقه المولى من غير علمه بالجناية والحكم هناك ما ذكرنا فكذا ههنا فينظر إن كان أرش الجناية أقل من قيمته فعليه أرش الجناية، لأن المجني عليه لا يستحق أكثر من ذلك، فإذا دفع ذلك فقد سقط حقه، وإن كانت قيمته/ أقل من [ب/٢٠٧/ج] أرش الجناية فعليه قيمته، لأن حكم الجناية تعلق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى وهي لا تحتمل أكثر من قيمتها فلا يلزمه أكثر من ذلك.

وكذلك لو جنى جنايات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الأولى لا يجب عليه إلا قيمة واحدة، وإن كثرت جناياته في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: يجب عليه في كل جناية الأقل من أرشها ومن قيمته وهذا فرع اختلافهم في أن جناياته تتعلق بالرقبة أو بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تتسع لأكثر من قيمة واحدة، وعنده تتعلق بذمته والذمة متسعة.

والصحيح قولنا؛ لما ذكرنا أن رقبته مملوكة للمولى فإنها مقدور الدفع في الجملة بأن يعجز فيدفع إلا أنه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار فصار كما لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى من غير علمه بها، وهناك لا يلزمه إلا قيمة واحدة كذلك ههنا.

هذا إذا جنى ثانياً قبل أن يحكم عليه الحاكم بالأولى، فأما إذا حكم الحاكم بالأولى ثم جنى ثانياً فإنه يلزمه قيمة أخرى بالجناية الثانية، لأنها لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته إلى ذمته فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جنايته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق فوقع فيها إنسان، ووجب عليه أن يسعى في قيمته يوم حفر ثم وقع فيها آخر أنه لا يلزمه أكثر من قمية واحدة سواء حكم الحاكم بالأولى أو لم يحكم.

ووجه الفرق: أن هناك الجناية واحدة وهي حفر البئر فالضمان الذي يلزمه إنما يلزمه بسبب واحد

فوقوع الثاني، وإن كان بعد حكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كأنه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه إلا قيمة واحدة، فأما ههنا فقد تعددت الجناية، والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الأولى وانتقالها إلى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم.

ولو سقط حائط مائل أشهد عليه على إنسان فقتله فعليه أن يسعى في قيمته لأن المكاتب يملك النقض فيصح الإشهاد عليه كما في الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ.

وكذلك إذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه أن يسعى في قيمته إذا كانت قيمته أكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم، فإن جنى جنايات ثم عجز قبل أن يقضي بها دفعه مولاه بها أو فداه، وإن قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهي دين في رقبته يباع فيه، لأنه إذا لم يقض عليه لم تصر القيمة ديناً في رقبته فهو كعبد قن جنى جناية أنه يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء، وإذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك ديناً في رقبته، فإذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين أنه يباع أو يقضي السيد دينه هذا كانت جنايته عمداً بأن قتل رجلاً عمداً قتل به، لأنه لو كان حراً لقتل به فالمكاتب أولى.

هذا إذا جنى المكاتب على غيره، فأما إذا جنى غيره عليه، فإن كان خطأ فالأرش له وأرشه أرش العبد إما كون الأرش له فلأن أجزاءه ملحقة بالمنافع وهو أحق بمنافعه.

وأما كون أرشه أرش العبد فلأنه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث فكانت الجناية عليه جناية على العبد فكان أرشها أرش العبيد، وإن كان عمداً فالمسألة على ثلاثة أوجه: في وجه يجب القصاص في قولهم، وفي وجه لا يجب القصاص وفي وجه اختلفوا فيه.

أما الأول: فهو أن يقتله رجل عمداً ولم يترك وفاء فللمولى أن يقتل القاتل لأنه لم يترك وفاء فقد مات عاجزاً فمات عبداً والعبد إذا قتل عمداً يجب القصاص على قاتله إن كان عبداً بالإجماع وإن كان حراً عندنا كذلك ههنا.

وأما الوجه الثاني: فهو أن يقتل عمداً ويترك وفاء ويترك ورثة أحراراً سوى المولى فلا يجب القصاص لاشتباه ولي القصاص لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في أنه يموت حراً أو عبداً على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فمن قال مات حراً قال ولاية الاستيفاء للورثة، ومن قال: مات عبداً قال الولاية للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص.

فإن قيل: قياس هذه النكتة أنه إذا اجتمع المولى والورثة ينبغي أن يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصىٰ برقبته لإنسان وبخدمته لآخر إذا قتل أن لهما أن يجتمعا فيقتلا.

[١/٢٠٨/ج] وكذا العبد المرهون إذا قتل فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص أن لهما أن يستوفياه كذلك/ ههنا، فالجواب أن المانع هو اشتباه المولى، وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع، لأن الولاية لأحدهما وهو المولى أو الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول اجتماعهما بخلاف مسألة الوصية، لأن هناك لا اشتباه، فإن الولاية لصاحب الرقبة، لأن الملك له وإنما لصاحب الخدمة فيها حق، فإذا اجتمعا في الاستيفاء فقد رضي بإسقاط حقه ويقول لصاحب الخدمة حقي قوي لشبهة الملك فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع

الوليان على الاستيفاء، وبخلاف مسألة الرهن، فإن المستحق للقصاص هناك هو الراهن إذ الملك له إلا أن للمرتهن فيه حقاً، فإذا رضي بالاستيفاء فقد رضي بسقوط حقه وههنا بخلافه على ما بيناه.

وأما الوجه الثالث: فهو أن يقتل عمداً ويترك وفاء ولا وارث له سوى المولى، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب القصاص للمولى، لأنه لا اشتباه ههنا لأن القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حراً أو عبداً، وقال محمد لا يجب، لأن المولى إن لم يشتبه فسبب ثبوت الولاية قد اشتبه، لأنه إن مات حراً فالولاية تثبت بالإرث، وإن مات عبداً فالولاية تثبت بالملك، والجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن السبب لم يشتبه، لأن المسبب واحد وهو الملك والولاء أثر من آثار الملك.

والثاني: إن سلمنا أن السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه في الحكم وهو الولاية لأنها ثابتة بيقين فتثبت بأي سبب كان فإن قتل ابن المكاتب أو عبده عمداً فلا قود عليه، لأن المكاتب وهو أبو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له، ولو عجز كان القصاص للمولى فاشتبه الولي، وبهذا علل في «الأصل» فقال: لأني لا أدري أنه للمولى أو للمكاتب ومعناه ما ذكرنا، وإن اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضاً، لأن الولاية لأحدهما وهو غير معلوم؛ فإن عفوا فعفوهما باطل والقيمة واجبة للمكاتب، أما بطلان العفو، فأما عفو المولى فلأنه لا يملك كسب المكاتب فلا يصح عفوه.

وأما عفو المكاتب فلأن القيمة قد وجبت على القاتل فكان إبراء المكاتب تبرعاً منه وأنه لا يملك التبرع، فإن قتل مولى مكاتبه عمداً أو خطأً فلا قصاص عليه في العمد بلا شك، لأن رقبته مملوكة له فيصير شبهة سواء ترك وفاء أو لم يترك لا يجب القصاص لما قلنا غير أنه إن ترك وفاء، فعلى المولى قيمته يقضي بها كتابته.

وكذلك لو قتل ابنه، لأن القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية فسقط عنه قدر ماله من الكتابة، لأن الأصل أن كل دينين التقيا من جنس واحد في الذمة وليس في إسقاطه إبطال العقد ولا استحق قبضه في المجلس فإنه يصير أحدهما بالآخر قصاصاً وما بقي يكون لوارثه لا للمولى لأنه قاتله فلا يرثه وإنما يصير ذلك قصاصاً إذا حل أجل الدية، لأن القيمة وجبت عليه بالقتل مؤجلة.

ولو قتل عبد المكاتبة رجلاً خطأً يقال للمكاتب ادفعه أو افده بالدية، لأن العبد من تجارته وكسبه فكان التدبير إليه كعبد المأذون جنى جناية خطأً أنه يخير المأذون بين الدفع والفداء فالمكاتب أولى، بخلاف نفس المكاتب إذا جنى أنه يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، لأن نفس المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه، وإذا لم تحتمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار فصار كما لو أعتق نفس العبد الجاني من غير علمه بالجناية وثمة يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية كذا ههنا، ويؤخذ المكاتب بأسباب الحدود الخالصة ونحوها كالزنا والسرقة والشرب والسكر والقذف لا القن، لأنه مأخوذ بها فالمكاتب أولى ولا يقطع في سرقته من مولاه لأنه عبده.

وكذا لا يقطع في سرقته من ابن مولاه ولا من امرأة مولاه ولا من كل ذي رحم محرم من مولاه، لأن واحداً من هؤلاء لو سرق حق المولى لا يقطع فكذا مكاتبه.

وكذا لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لا يقطع؛ لأن واحداً منهم لو سرق من المولى لا يقطع فكذا إذا سرق من المكاتب، ولو سرق منه أجنبي يقطع بخصومته، لأن المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه فكان له حق الخصومة كالحر فيقطع بخصومته ويصح من المولى وغير نسب ولد أمته المكاتبة إذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبة أو كذبته جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر لما ذكرنا فيما تقدم أنه ادعى نسب ولد جارية مملوكة/ له رقبة فكان ولدها مملوكاً له أيضاً، ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت بالدعوىٰ من غير حاجة إلى التصديق. [ب/٢٠٨/ج]

ثم الأمة بالخيار إن شاءت عجزت نفسها، وإن شاءت مضت على الكتابة فإن مضت على الكتابة فلها العقر إن كان العلوق في حال الكتابة بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة، لأنها أحق بمنافعها ومكاسبها والمولى كالأجنبي عنها والعقر بدل منافع بضعها فيكون لها، وإن عجزت نفسها وصارت أم ولد له سقطا للعقر.

هذا إذا استولد مكاتبته فإن دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار إن شاء نقض الكتابة، وإن شاء مضى عليها لتوجه العتق إليه من جهتين فكان له الخيار، فإن مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف فيما تقدم.

ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف وقد علقت به في ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه إلى تصديق المكاتب استحساناً وقد ذكرنا هذا في كتاب الاستيلاد، ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة، لأنه دين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء خلافاً لابن أبي ليلى هو يقول: بأنه دين فتصح الكفالة كسائر الديون.

ولنا: أن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما في ذمة الأصيل، وهذا لا يتحقق ههنا، لأن الثابت في ذمة الأصيل دين يحبس به ودين لا يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما في ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون.

وأما الذي يتعلق بأداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق إلا بأداء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه، وقال علي رضي الله تعالى عنه: «يعتق بقدرِ مَا أدّى ويبقى الباقي رَقيقاً»، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: «إذا أَعْطَى مِقْدَار قيمتِه عتق، ثم يصَيرُ بمنزلةِ الغَريم»، وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: «إِذَا كاتَبَ العبدُ مولاه فهو غريمٌ مِنَ الغُرمَاءِ»، وهذا يدل على أن مذهبه أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة، وقد روىٰ محمد بن الحسن عن شريح مثل ذلك.

وجه قول علي كرم الله وجهه: أن المكاتبة عقد معاوضة، فإذا أدى العبد بعض بدل الكتابة إلى المولى فقد ملك المولى ذلك القدر، فلو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل وهذا لا يجوز.

وجه قول ابن مسعود رضي الله عنه: أن قيمة العبد مالية فلو عتق بأداء ما هو أقل من قميته لتضرر به المولى، وإذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى.

وجه قول ابن عباس رضي الله عنهما: أنه لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على عبده دين، ولأن الكتابة إعتاق على مال، ومن أعتق عبده على مال وقبل العبد عتق، والمال دين عليه كذلك ههنا.

وجه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه قول النبي ﷺ: «المكاتَبُ عَبْدٌ مَا بقيَ عليهِ دِرْهَمٌ»[1]، وهذا نص في الباب، ولأن المولى علق عتقه بأداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق ما لم يؤد جميعه، كما لو قال لعبده إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر، أنه لا يعتق ما لم يؤد جميع الألف، كذا ههنا.

ثم العتق كما يثبت بأداء بدل الكتابة يثبت بأداء العوض عن بدل الكتابة، لأن عوض الشيء يقوم مقامه ويسد مسده كأنه هو، كما في البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين في ذمة العبد، وقضاء الديون يكون بأعواضها لا بأعيانها، وكذا يثبت بالإبراء لما نذكر.

ثم إذا أدى بدل الكتابة وعتق ويعتق ولده المولود في الكتابة بأن ولد للمكاتب ولد من أمة اشتراها لأنه صار مكاتباً تبعاً للأب فيثبت فيه حكم الأصل، إلا أن للمولى أن يطالب الأب دون الولد لأنه لم يدخل في العقد مقصوداً بل تبعاً فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع، وكما يعتق المكاتب بالأداء من كسبه يعتق بالأداء من كسب ولده لأن كسب الولد كسبه، فإذا أدى يعتق هو وولده وكذا ولده المشترك في الكتابة وولد ولده وإن سفل، والوالدون وإن علوا إذا اشتراهم المكاتب يدخلون في الكتابة كالولد المولود سواء لا فرق بينهم إلا في فصل واحد وهو أنه إذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترئ وللوالدين إما أن تؤدوا الكتابة حالاً وإلا رددناكم في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة لما نذكر.

وأما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوي الرحم المحرم كالأخ والعم والخال ونحوهم فهل يدخلون في الكتابة، قال أبو حنيفة: لا يدخلون، وقال أبو يوسف ومحمد: يدخلون ويسعون/ على النجوم بمنزلة [١/٢٠٩/ج] الوالدين والمولودين، والأصل عندهما أن كل من إذا ملكه الحر يعتق عليه، فإذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه ويقوم مقامه.

وجه قولهما: أن المكاتبة عقد يفضي إلى العتق فيعتبر بحقيقة العتق والحكم في الحقيقة هذا فكذا في كسب الكسب المفضي إليه، ولهذا اعتبر بحقيقة العتق في الوالدين والمولودين كذا ههنا.

ولأبي حنيفة: أن الأصل أن لا يثبت التكاتب رأساً، لأن ملك المكاتب ملك ضروري لكونه مملوكاً ما بقي عليه درهم فلا يظهر في حق التبرع والعتق، وإنما يظهر في حق حرية نفسه إلا أن حرية ولده وأبويه في معنى حرية نفسه لمكان الحرية ولم يوجد في سائر ذوي الرحم فبقي الأمر فيهم على الأصل، وبدل القياس من وجه آخر يقتضي أن لا يدخل الولد، لأنه كسبه وحق الحرية لا يسري للأكساب ككسب أم الولد والمدبر، وإنما استحسنا الولاد بحكم الحرية ولم يوجد والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل في الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى ولد قبل العقد، وقالت المكاتبة بعد العقد ينظر إن كان الولد في يد المولى فالقول

---

(١) تقدم تخريجه.

قوله أنه انفصل قبل العقد، وإن كان في يد الأمة فالقول قولها ويحكم فيه الحال كمن استأجر عبداً ومضت مدة الإجارة ثم اختلفا فادعى المستأجر الآباق والمؤاجر ينكر أنه ينظر إن كان في الحال آبقاً فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن في الحال آبقاً فالقول قول المؤاجر.

وكذلك هذا في الطاحونة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه، فإن كان في الحال منقطعاً فالقول قول المستأجر، وإن كان جارياً فالقول قول المؤاجر، ولو تصادقا في الإباق والانقطاع، واختلفا في مدة الإباق والانقطاع فالقول قول المستأجر لأنه منكر وجوب الزيادة، وسواء كان الأداء في حال حياة العاقدين أو بعد موتهما حتى لو مات المولى فأدى المكاتب إلى ورثته عتق، لأن العقد لا ينفسخ بموت المولى بلا خلاف.

وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدي بدل الكتابة إلى المولى ويحكم بعتقه عندنا، وعند الشافعي[1]: لا يعتق، ويسلم البدل للمولى بناءً على أن عقد الكتابة لا ينفسخ بموت المكاتبة عندنا كما لا ينفسخ بموت المولى وعنده ينفسخ بموت المكاتب، وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في المكاتب إذا مات عن وفاء أنه يموت حراً أو عبداً.

قال علي رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «يموتُ حُرًّا فيؤدِي بدل كتابته ويحكم بحريته»، وبه أخذ أصحابنا، وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه يموت عبداً والمال كله للمولى، وبه أخذ الشافعي.

وجه قول الشافعي: أنه لو عتق لا يخلو إما أن يعتق قبل موته وإما أن يعتق بعد موته لا سبيل إلى الأول، لأن العتق معلق بأداء البدل، والأداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل إلى الثاني، لأن محل العتق قد فات، لأن محله الرق وقد فات بالموت وإثبات الشيء في غير محله محال فامتنع القول بالعتق ولا يقال إنه يعتق مستنداً إلى آخر جزء من أجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت، لأن الأصل فيما يثبت مستنداً أنه يثبت للحال ثم يستند.

ألا ترى أن من باع مال الغير توقف على إجازة المالك عندكم، فإن هلك المال ثم أجاز المالك لا تلحقه الإجازة، لأن الحكم يثبت عند الإجازة مستنداً فيراعى قيام محل الحكم للحال والمحل ههنا لا يحتمل العتق للحال فلا يستند.

ولنا: ما روي عن قتادة «أنه قال: قلت لسعيد بن المسيّب: إن شُرَيحاً قال في المكاتَب: إذا مَاتَ عَنْ وفاءٍ وعليه دَيْنٌ بُدِيءَ بدينِ الكتابة ثم بالدين فقال سعيد: أخطأ شريح وإن كان قاضياً، فإن زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول: إن المكاتب إذا ماتَ عَنْ وفاءٍ وعليه دين بُدىءَ بالدين»[2] ثم بالكتابة فاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في الترتيب والميل على اتفاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت.

فرواية قتادة تشير إلى إجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا، ومثله لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعي، لأن العتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى، إما صورة ومعنى بالاستيفاء، وإما معنى لا

(١) انظر «الأم» (٨/ ٨٤) و «المهذب» (٢/ ١٦) و «المنهاج» (٨/ ٤٢٠).
(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» باب موت المكاتب رقم (١٠/ ٣٣١).

صورة بأخذ العوض أو الإبراء لا بصورة الأداء من المكاتب، لأن العتق يثبت من غير أداء أصلاً بأخذ المولى وبالإبراء، وقد سلم البدل للمولى، إما صورة ومعنى بالاستيفاء، وإما معنى لا صورة بالإبراء.

أما طريق الاستيفاء؛ فلأن هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى ملك البدل وسلامته، وفي جانب المكاتب سلامة رقبته بالحرية وسلامة أولاده وإكسابه حال سلامة البدل للمولى، وفي الحال زوال/ يد المولى عنه وصيرورته أحق بمنافعه ومكاسبه، وقد ثبت الملك في المبدل للمولى في [ب/٢٠٩/ج] ذمة العبد للحال حتى لو تبرع عنه إنسان بالأداء وقبل المولى صح.

ولو أبرأه جاز الإبراء ويعتق، ولو أحال المكاتب على غريم له عليه دين من إكسابه وقبل المولى صح وعتق، وإذا ثبت الملك للمولى في البدل كان ينبغي أن يزول المبدل من ملكه، وهو رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة إذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في سائر المعاوضات من البيع والإجارة كما في الخلع، والإعتاق على مال إلا أن الزوال لو ثبت ههنا للحال بقي الدين في ذمة المفلس ويتكامل في الأداء فيتضرر به المولى فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت السلامة وزوال المبدل عن المولى إلا بسلامة البدل له على الكمال نظراً للموالي وترغيباً لهم في عقد الكتابة، ونظراً للعبيد ليتوصلوا إلى العتق، فإذا جاء آخر حياته وعجز عن التكسب انتقل الدين من ذمته إلى إكسابه كما في الحر إلا أن الكسب قد لا يسلم له إما بالهلاك أو بأخذ الورثة، فإذا أدى ذلك إلى المولى فقد وجد الشرط، وهو سلامة البدل للمولى فيسلم المبدل للمكاتب وهو رقبته له.

وأما الإبراء فهو أنه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البدل لعجزه عن الأداء بنفسه، وانتقل إلى المال خلفاً عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصي القاضي، فإذا أدى النائب سقطت المطالبة عن النائب في آخر حياته فيبرأ عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة في ذلك الوقت فيعتق في ذلك الوقت وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي لما ذكرنا أن الشرط ليس هو من صورة الأداء بل سلامة البدل صورة ومعنى بالاستيفاء أو معنى بالإبراء وقد حصل.

ومن أصحابنا من قال: إن العتق يثبت بعد الأداء مقصوراً عليه ويبقى حياً تقديراً لإحراز شرف الحرية كما يبقى المولى حياً بعد الموت تقديراً لإحراز شرف الكتابة ويثبت العتق فيه وهو مثبت حقيقة ويقدر حياً على اختلاف طريق أصحابنا في ذلك على ما عرف في الخلافيات.

ولو مات المكاتب وترك وفاء وأولاداً أحراراً بأن ولدوا من امرأة حرة يؤدي بدل كتابته وما فضل يكون ميراثاً بين أولاده الأحرار، لأن المكاتب يعتق في آخر جزء من حياته ثم يموت فيموت حراً فيرث منه أولاده الأحرار وكذلك أولاده الذين ولدوا في الكتابة لأنهم صاروا مكاتبين تبعاً له، فإذا عتق هو في آخر حياته يعتقون هم أيضاً تبعاً له، فإذا مات هو فقد مات حراً وهم أحرار فيرثونه، وكذا أولاده الذين اشتراهم في الكتابة والداه لما قلنا، وكذا ولده الذي كوتب معه كتابة واحدة، لأنه عتق معه في آخر حياته فيرثه وأما ولده الذي كاتبه كتابة على حدة لا يرثه، لأنه لا يعتق بعتقه فيموت حراً وولده مكاتب والمكاتب لا يرث الحر.

ولو مات وترك وفاء وعليه دين أجنبي ودين المولى غير الكتابة وله وصايا من تدبيره وغير ذلك وترك

ولداً حراً أو ولداً ولد له في الكتابة من أمته يبدأ بدين الأجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث بين سائر أولاده وبطلت وصاياه، أما بطلان وصاياه فلوجهين:

أحدهما: يخص التدبير.

والثاني: يعم سائر الوصايا.

أما الأول: فلأن المدبر يعتق بموت السيد والمكاتب ليس من أهل الإعتاق وأما الثاني فلأنه إذا أدى عنه بعد الموت فإنه يحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، وذلك زمان لطيف لا يسع الوصية ثم انتقل الملك إلى الوارث والملك للموصى له يثبت بعد الوصية الذي هو فعله، فإذا لم يتسع الوقت له لا يمكن إثباته بخلاف الميراث، لأن الملك ينتقل إلى الورثة من غير صنع العبد، وإذا بطلت الوصايا بقيت الديون.

وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الأجنبي، لأن الأصل في الديون المتعلقة بالتركة أنه يبدأ بالأقوى فالأقوى كما في دين الصحة مع دين المرض، ودين الأجنبي أقوى من دين المولى، لأنه يبطل بالرق دين المولى، ولا يبطل دين الأجنبي بل يباع فيه، فيبدأ بدين الأجنبي، ثم ينظر في بقية التركة، فإن كان فيها وفاء بدين المولى وبالكتابة بدىء بدين المولى ثم بالكتابة، لأن دين المولى أقوى من دين الكتابة بدليل/ [ج/٢١٠/أ] أنه تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة.

وكذا المكاتب يملك إسقاط دين المكاتبة عن نفسه قصداً بأن يعجز نفسه ولا يملك إسقاط دين المولى قصداً بل يسقط ضرورة بسقوط الكتابة، فكان دين المولى أقوى فيقدم على دين الكتابة، وإن لم يكن في التركة وفاء بالديون جميعاً بدىء بدين الكتابة، لأنه لو بدىء بقضاء دين المولى لبطل القضاء لأنه إذا قضى ذلك فقد صار عاجزاً فيكون قد مات عاجزاً فتبطل الكتابة فلم يصح القضاء لأنه بالعجز صار قناً ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس في البداءة بقضاء دين الكتابة إبطال القضاء فيكون أولى فيبدأ بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى في ذمته فربما يستوفي منه إذا ظهر له مال وما فضل عن هذه الديون فهو ميراث لأولاده الأحرار من امرأة حرة، ولأولاده المولودين في الكتابة لأنهم عتقوا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فيرثون كالحر الأصل.

ولو مات وترك وفاء وعليه دين وجناية ومكاتبة ومهر وأولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد ولدوا في الكتابة من أمته وأولاد اشتراهم يبدأ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة ثم يكون الباقي ميراثاً لجميعهم لأن الدين أقوى من الكتابة لما بينا، ثم ينظر إلى ما بقي من المال فإن كان فيه وفاء بالكتابة فإنه يبدأ بالجناية لأنه إذا كان به وفاء بالجناية صار كأن المكاتب قن فيقضي عليه بالجناية، ومتى قضى عليه بالجناية يصير عاجزاً إذا لم يكن في الباقي وفاء، وإن لم يكن في المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالخيار أو لم يكن فقد مات المكاتب عبداً وبطلت الجناية لأنه لا حق لصاحب الجناية في مال العبد وإنما كان حقه في الرقبة وقد فاتت الرقبة، وهذا إذا كان القاضي لم يقض بالجناية في حال حياته، فإن كان القاضي قضى عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر الديون.

وأما المهر فإن كان تزوج نكاحاً صحيحاً بإذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وإن كان النكاح بغير

إذن المولى لا يجب للمرأة شيء ما لم يقض سائر الديون والجناية والكتابة، فإن فضل شيء يصرف إلى المهر، لأن في النكاح الفاسد إنما يتبع بالمهر بعد العتاق، لأنه لا يصح في حق المولى، فإذا زال حق المولى فحينئذٍ يؤاخذ به، فإن أديت كتابته وحكم بحريته وحرية أولاده صار الباقي ميراثاً لأولاده كلهم لأنهم عتقوا بعتقه.

وكذلك إن كان الابن مكاتباً معه لأنهم عتقوا في زمان واحد، وإن كاتب الابن مكاتبة على حدة لا يرث منه لأنه لا يعتق بعتقه ولا يستند عتقه في حقه فلا يرث منه.

وإن مات المكاتب من غير وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة بأن ولدت أمته التي اشتراها بأن كان المكاتب تزوج أمة إنسان بإذن مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها أو المكاتبة ولدت من غير مولاها فإنه يسعى في الكتابة على نجوم أبيه ولا يبطل الأجل، لأنه إذا مات لا عن وفاء فقد مات عاجزاً فقام الولد مقامه كأنه حي، ولو كان حياً حقيقة لكان يسعى على نجومه فكذا ولده بخلاف ما إذا مات عن وفاء، لأنه مات قادراً فيؤدي بدل الكتابة للحال ولا يؤخر إلى أجله بل يبطل الأجل، لأن موت من عليه الدين يبطل الأجل في الأصل كما في سائر الديون، وليس ههنا أحد يقوم مقامه حتى يجعل كأنه حي، وإذا أدى السعاية عتق أبوه وهو.

وأما ولده المشتري في الكتابة فإنه لا يسعى على نجومه بل يقال له: إما أن تؤدي السعاية حالاً أو ترد إلى الرق ولا يقال ذلك للمولود في الكتابة بل يسعى على نجوم أبيه ولا يرد إلى الرق إلا إذا أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف وإنما كان ذلك؛ لأن دخول الولد في الكتابة بطريق التبعية وتبعية الولد المولود في الكتابة أشد من تبعية المشتري في الكتابة، لأن تبعيته باعتبار الجزئية والجزئية في الولد المولود في الكتابة حصلت في العقد فكان بمنزلة المكاتب نفسه والحكم في المكاتب على ما ذكرنا فكذا فيه، ولا كذلك الولد المشتري لأن جزئته ما حصلت في العقد فانحطت درجته عنه فلا بد من إظهار ذلك في الحكم ترتيباً للأحكام على مراتب الحجج في القوة والضعف.

وذكر القاضي في «شرح الكافي» الخلاف في المسألة، وجعل ما ذكرنا قول أبي حنيفة، وأما على قولهما فالولد المشتري والولد المولود سواء.

وجه قولهما: أن التكاتب على الولد المولود لمكان التبعية وهي موجودة في المشتري.

وجواب أبي حنيفة عن هذا: أن معنى/ التبعية في المولود أقوى منه في المشتري فلا يصح القياس. [ب/ ٢١٠]

ولو مات من غير وفاء وترك الديون التي ذكرنا فالخيار في ذلك إلى الولد يبدأ بأي ذلك شاء، لأن المكاتب إذا لم يترك وفاء صار التدبير إلى الولد، لأنه يقضي من كسبه فيبدأ بأي ذلك شاء، فإن أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف يرد في الرق، ولو كان بعض أولاده غائباً وبعضهم حاضراً فعجز الحاضر لا يرد في الرق حتى يحضر الغائب لجواز أن الغائب يحضر فيؤدي.

ولو مات المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك أم ولد، فإن لم يكن معها ولد بيعت في المكاتبة، وإن كان معها ولد استسعت فيها على الأجل الذي كان للمكاتب صغيراً كان ولدها أم كبيراً بناءً على أن المكاتب إذا

اشترى أم ولد وليس معها ولد فإنها لا تدخل في مكاتبته وكان له أن يبيعها عند أبـي حنيفة.

وكذا الموالاة عندهما: تدخل في مكاتبته فكذلك بعد موته تكون بمنزلته لما دخلت في الكتابة، وإذا كان معها فإنها تتبع ولدها في الكتابة عند أبـي حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت إذا كان معها ولد ولدته في الكتابة ويصير كأنه قائم لأن الابن قام مقامه، وعلى قولهما: لا فرق بين وجود الولد وعدمه.

وجه قولهما: أنها إنما تسعى لأن عتاق الاستيلاد بمنزلة عتاق النسب فلا يبطل بموت الولد فكان حالها بعد موت الولد وقبله واحداً.

ولأبـي حنيفة: أنه لا وراثة بينه وبينها وإنما دخلت في كتابته لكتابة ولدها تبعاً، فإذا مات الولد بطلت كتابتها لأن كتابة الولد بطلت بموته فيبطل ما كان تبعاً له والله عز وجل أعلم.

ولو ولدت المكاتبة ولداً واشترت ولداً ثم ماتت سعيا في الكتابة على النجوم والذي يلي الأداء المولود في الكتابة، وهذا بناءً على أن المولود في الكتابة يقوم مقام المكاتب والولد المشتري لا يقوم مقامه على الاتفاق أو على الاختلاف إلا أنه يسعى تبعاً للولد المولود في الكتابة فلا تجب عليه السعاية.

ألا ترى أن محمداً ذكر في «الأصل» فإن قلت: فلا يجب على الآخر شيء من السعاية قال: لأنها لو لم تدع غيره بيع إلا أن يؤدي الكتابة عاجلاً وإنما قلنا إن الذي يلي الأداء هو الولد المولود في الكتابة لما ذكرنا أن الولد المشتري لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبـي حنيفة والمكاتبة، ولو كانت حية لكانت تملك كسب ولدها المشتري فكذا الذي يقوم مقامها وإن سعى المشتري فأدى الكتابة لم يرجع على أخيه بشيء، لأنه أدى الكتابة من كسب الأم، لأن كسب أم الولد المشتري للأم، فإذا أدى الكتابة من كسبه فقد أدى كتابة الأم وكسبه لها فلا يرجع ولما ذكرنا أن الولد المولود قائم مقامها ولو كانت الأم باقية فأدى الولد المشتري فعتقت الأم لم يرجع عليه بشيء، كذا هذا.

وكذا الولد المولود في الكتابة لو سعى وأدى لم يرجع على المشتري بشيء من هذا المعنى، وقال بعضهم: هذا إذا أدى المولود في الكتابة من مال تركته الأم، فأما إذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه فإنه يرجع بنصفه على المشتري ولم يذكر في الأصل حكم المولود في الكتابة وإنما ذكر حكم المشتري أنه إذا أدى لا يرجع.

ولو اكتسب هذا الابن المشتري كسباً كان لأخيه أن يأخذه ويستعين به في كتابته لما ذكرنا أن الولد المولود قائم مقام الأم وهي لو كانت قائمة لكانت تملك أخذ كسب المشتري، وكذا من يقوم مقامها، وكذا إذا أراد أن يسلمه في عمل ليأخذ كسبه فيستعين به في مكاتبته كان له ذلك.

وكذلك لو أمره القاضي أن يؤاجر نفسه أو أمر أخاه أن يؤاجره ويستعين بأجره على أداء الكتابة كان ذلك جائزاً، لأنه بمنزلتها وما اكتسب الولد المولود في الكتابة بعد موت أمه قبل الأداء فهو له خاصة، لأنه داخل في كتابة الأم وقائم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب أخوه حسب من التركة فتقضي منه المكاتبة والباقي منه ميراث بينهما.

والفرق بينهما: أن الولد المولود في الكتابة قام مقامها فكان حكمها كحكمه وكسب المكاتبة لها كذا كسب ولدها، وأما الولد المشتري فلم يقم مقامها غير أنه كسبها بجميع ما اكتسبه فيصير كأنها ماتت عن مال.

ولو ماتت على مال تؤدي منه كتابتها والباقي ميراثاً بينهما كذا هذا، وقيل هذا كله قول أبـي حنيفة، فأما على قولهما فالولدان يقومان مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه، لأن كل واحد منهما لو كان منفرداً لقام مقام المكاتبة ويسعى على النجوم عندهما/ فكذا إذا اجتمعا لم يكن أحدهما بأولى من الآخر [أ/٢١١/ج] والله عز وجل الموفق.

وأما الفاسد وهي التي فاتها شيء من شرائط الصحة وهي ما ذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شيء من الأحكام المتعلقة بما قبل الأداء، لأن الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شيء مما كان للمالك عنه إلى المكاتب فكان الحال بعد العقد كالحال قبله.

وأما الحكم المتعلق بالأداء وهو العتق فالفاسد فيه كالصحيح حتى لو أدى يعتق، لأن الفاسد من العقد عند اتصال القبض كالصحيح على أصل أصحابنا ونفس المكاتب في قبضته إلا أن في الكتابة الفاسدة إذا أدى يلزمه قيمة نفسه وفي الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى لما عرف أن الأصل أن يكون الشيء مضموناً بالمثل والقيمة هي المثل، لأنها مقدار ماليته وإنما المصير إلى المسمى عند صحة التسمية تحرزاً عن الفساد لجهالة القيمة، فإذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع إلى الأصل وهو القيمة كما في البيع ونحوه.

وكذا في الكتابة الفاسدة للمولى أن يفسخ الكتابة بغير رضا العبد ويرده إلى الرق وليس له أن يفسخ في الصحيحة إلا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الصحيح والفاسد جميعاً بغير رضا المولى لما ذكرنا أن الفاسدة غير لازمة في حقهما جميعاً، والصحيحة لازمة في حق المولى غير لازمة في حق العبد، ثم إذا أدى في الكتابة الفاسدة ينظر إلى المسمى وإلى قيمة العبد أيهما أكثر على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم، وسواء كان الأداء في حياة المولى أو بعد موته إلى ورثته استحساناً، والقياس أن لا يعتق بالأداء إلى الورثة.

وجه القياس: أن العتق في الكتابة الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لأن في الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين، فإذا فسدت بطل معنى المعاوضة فبقي معنى اليمين واليمين تبطل بموت الحالف، ولأن الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى، وإذا بقي ملكه فإذا مات قبل الأداء انتقل إلى ورثته فلا يعتق بالأداء.

وجه الاستحسان: أنها مع كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق التعليق بالشرط بدليل أنه يجب فيها القيمة، ولو كان العتق فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شيء، لأن القيمة لم تدخل تحت اليمين، وكذا الولد المنفصل، ومعلوم أن الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت اليمين فثبت أن فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها فثبت العتق فيها من طريق المعاوضة.

وأما قوله: إن ملك المولى لا يزول في الكتابة الفاسدة فنعم لكن قبل قبض البدل فأما بعد القبض فإنه يزول ذلك عند الأداء.

ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولداً ثم أدت عتقت وعتق ولدها معها لما ذكرنا أن الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به والأولاد يدخلون في الكتابة الصحيحة، كذا في الفاسدة، فإن ماتت الأم قبل أن تؤدي لم يكن عمل ولدها أن يسعى، لأن الولد قائم مقام الأم، ثم الأم لا تجبر على السعاية كذلك الولد لكنه إذا سعى فيما على أمه يعتق استحساناً.

والقياس: أن لا يعتق وهو على ما ذكرنا فيما إذا مات المولى فأدت المال إلى ورثته تعتق استحساناً، والقياس أن لا تعتق.

وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شيء من الأحكام، لأن التصرف الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالأداء إلا إذا نص على التعليق بأن قال: إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حر فأدى يعتق لكن لا بالمكاتبة بل بالتعليق بالشرط ولا يلزمه شيء كما في التعليق بسائر الشروط.

فصل: وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة فإنها تنفسخ بالإقالة لأنها من التصرفات المحتملة للفسخ لكون المعاوضة فيها أصلاً فتجوز إقالتها كسائر المعاوضات، وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا المولى بأن يقول فسخت المكاتبة أو كسرتها سواء كانت فاسدة أو صحيحة لما ذكرنا أنها وإن كانت صحيحة فإنها غير لازمة في جانب العبد نظراً له فيملك الفسخ من غير رضا المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لأنها عقد لازم في جانبه وهل تنفسخ بالموت أما بموت المولى فلا تنفسخ بالإجماع لأنه إن كان له كسب فيؤدي إلى ورثة المولى، وإن لم يكن في يده كسب فيكتسب ويؤدي فيعتق فكان في بقاء العقد فائدة فيبقى، وإن عجز/ عن الكسب يزول إلى الرق كما لو كان المولى حياً. [ب/٢١١/ج٤]

وإذا مات المولى فأدى المكاتب مكاتبته أو بقية منها إلى ورثته وعتق فولاؤه يكون لعصبة المولى، لأن الولاء لا يورث من المعتق بعد موته لما نذكر في كتاب الولاء إن شاء الله تعالى.

وإن عجز بعد موت المولى فرد إلى الرق ثم كاتبه الورثة كتابة أخرى فأدى إليهم وعتق فولاؤه للورثة على قدر موارثتهم، لأنه عتق بإعتاقهم فكان ماله ميراثاً بينهم إذ الولاء يورث به إن كان لا يورث نفسه، وإما بموت المكاتب فينظر إن مات عن وفاء لا ينفسخ عندنا خلافاً للشافعي[1].

وإن مات لا عن وفاء ينفسخ بالإجماع، لأنه مات عاجزاً فلا فائدة في بقاء العقد فينفسخ ضرورة ولا ينفسخ بردة المولى بأن كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لأنها لا تبطل بموت المولى حقيقة فبموته حكماً أولى أن لا ينفسخ، ولهذا لا تبطل سائر عقوده بالردة، كذا المكاتبة، فإن أقر بقبض بدل الكتابة وهو مرتد ثم أسلم جاز إقراره في قولهم.

وإن قتل أو مات على الردة لم يجز في قول أبي حنيفة إذا لم يعلم إلا بقوله بناء على أن تصرفات المرتد غير نافذة عنده بل هي موقوفة، وإن علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه.

---

(١) انظر «الأم» (٨/ ٨٤).

وكذا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ما وليه من التصرفات كذا ذكر في «الأصل»، لأن ردته بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت بعقده كالوكيل المعزول في باب البيع أنه يملك قبض الثمن بعد العزل.

وذكر في موضع آخر: ولا يجوز قبض المرتد لأنه إنما يملك لكونه من حقوق العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتبة لا يتعلق بالعاقد فلا يملك القبض بخلاف البيع.

وأما على أصلهما فإقراره بالقبض جائز، لأن تصرفاته نافذة عندهما، فإن لم يقبض شيئاً حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثاً بين ورثته فأخذوا الكاتبة ثم رجع مسلماً فولاء العبد له، لأن ردته مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته، ولو دفع إلى الورثة بعد موته كان الولاء له كذلك هذا، ويأخذ من الورثة ما قبضوه منه إن وجد بعينه كما في سائر أملاكه التي وجدها مع الورثة بأعيانها، لأن الوارث إنما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل، والله عز وجل أعلم.

[كتاب الولاء][1]

الولاء نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة؛ أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعاً. عرفنا ذلك بالسنة وإجماع الأمة، والمعقول.

أما السنة: فقول النبي ﷺ: «الوَلاءُ لِمن أَعْتَقَ»[2] وهذا نص، وروي أن رجلاً اشترى عبداً فأعتقه فجاء به إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني اشتريت هذا فأعتقته، فقال ﷺ: «هُوَ أَخُوكَ ومَوْلاَكَ، فإِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خيرٌ له وشرٌّ لك، وإن كفرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لكَ وشَرٌّ لَهُ، وإنْ مَاتَ ولم يترُكْ وارثاً كنتَ أنتَ عَصَبتَه»[3] والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنه جعله عصبة إذا لم يترك وارثاً آخر.

والثاني: أنه ﷺ جعل المعتق مولى المعتق بقوله ﷺ: «هو أَخوْكَ ومَوْلاَكَ»[4]، ولا يكون مولاه إلا وأن يكون ولاؤه له ونظير هذا الاستدلال استدلالنا بقوله عز وجل: ﴿واللَّهُ خَلَقَكُمْ ومَا تَعْمَلُونَ﴾[5]، على تقدير تسليم إرادة المعمول من قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ في إثبات خلق الأفعال من الله تبارك وتعالى، أخبر سبحانه أنه خلقهم وخلق معمولهم ولا معمول بدون العمل فيدل على كون مخلوق الله عز وجل، وقوله ﷺ : «إنْ شَكَرَكَ فهُوَ خَيْرٌ له»[6]، لأن المعتق لما أنعم الله عليه بالإعتاق فقد وجب عليه الشكر، فإذا شكره فقد أدى ما وجب عليه فكان خيراً له.

وقوله ﷺ: «وَشَرٌّ لَكَ»[7]، لأنه قد وصل إليه شيء من العوض فأوجب ذلك نقصاناً في الثواب، لأنه يصير كأنه أعتقه على عوض فكان ثوابه أقل ممن أعتق ولم يصل إليه على إعتاقه عوض دنيوي أصلاً ورأساً.

وقوله ﷺ: «وإنْ كَفرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ»، لأن إعتاقه إذا خلى عن عوض دنيوي يتكامل ثوابه في الآخرة.

---

(١) سقط من المخطوط ج.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه الدارمي في «السنن» رقم (٣٠١٢) كتاب الفرائض باب الولاء وعبد الرزاق في «المصنف» كما ذكر الزيلعي (٤/ ١٥٣).

(٤) انظر الحديث السابق.

(٥) سورة الصافات، الآية: (٩٦).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب الفرائض باب ميراث الولاء رقم (٢٧٣٤) والحاكم في «المستدرك» كتاب معرفة الصحابة باب ذكر أمامة بنت حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنهما (٤، ٦٦) والدارقطني في «السنن» رقم (٤/ ٨٤). وأبو داود في «المراسيل» (١٧٠) كتاب الفرائض.

وقوله ﷺ: «وَشَرٌّ لَه»[(١)] لأن شكر النعمة واجب عقلاً وشرعاً فإذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شراً له.

وروي أن معتَق بنت حمزة رضي الله عنه مات وترك بنتاً فجعل رسول الله ﷺ: «نصفَ مالِه لابنتِه والنِّصف لابنة حمزة»[(٢)].

وروي عن عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الله بن مسعود وأبـيّ بن كعب وزيد بن ثابت وأبـي مسعود الأنصاري وأسامة بن زيد رضي الله عنهم أنهم قالوا: «الولاء للكِبَر»، فاتفاق هؤلاء النجباء من الصحابة رضي الله عنهم على لفظ واحد بدليل سماعهم ذلك عن رسول الله ﷺ / مع ما أن هذا حكم لا يدرك بالقياس [أ/٢١٢/ج] فالظاهر قول السماع، وسيأتي تفسير هذا الحديث في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى.

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على ثبوت هذا الولاء.

وأما المعقول فمن وجوه:

أحدها: أن الإعتاق إنعام إذ المعتق أنعم على المعتق بإيصاله إلى شرف الحرية، ولهذا سمى المولى الأسفل مولى النعمة في عرف الشرع، وكذا سماه الله تعالى إنعاماً، فقال عز وجل في زيد مولى رسول الله ﷺ: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ الله عَلَيْهِ وأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾[(٣)] قيل في «التفسير»: أنعم الله عليه بالإسلام وأنعمت عليه بالإعتاق فجعل كسبه عند استغنائه عنه لمولاه شكراً لإنعامه السابق، ولهذا لا يرث المعتق من المعتق.

والثاني: أن المعتق في نصرة المعتق حال حياته، ولهذا كان عقله عليه وعليه أن ينصره بدفع الظالم عنه وبكفه عن الظلم على غيره، فإذا جنى فقد قصر في أحد نوعي النصرة وهو كفه عن الظلم على غيره فجعل عقله عليه ضماناً للتقصير فإذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاء للنصرة السابقة.

والثالث: أن الإعتاق كالإيلاد من حيث المعنى لأن كل واحد منهما إحياء معنى فإن المعتق سبب لحياة المعتق باكتساب سبب الأهلية والمالكية والولاية التي يمتاز بها الآدمي عن البهائم كما أن الأب سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة وهو الإيلاد ثم الإيلاد سبب لثبوت النسب فالإعتاق يكون سبباً لثبوت الولاء كالإيلاد، وهذا معنى قول النبي ﷺ: «الوَلَاءُ لُحمةٌ كلُحمةِ النَّسَب»[(٤)] والله عز وجل أعلم.

فبعد هذا يقع الكلام في مواضع: في بيان سبب ثبوته، وفي بيان شرائط الثبوت، وفي بيان صفة الثابت وكيفيته، وفي بيان قدره، وفي بيان حكمه، وفي بيان ما يظهر له، أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سورة الأحزاب، الآية: (٣٧).

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» رقم (١٠/ ٢٩٢، ٢٩٣) وابن حبان في «صحيحه» كتاب البيوع باب ذكر العلة التي من أجلها نهي عن بيع الولاء وهبته رقم (١١/ ٤٩٥٠).
وعبد الرزاق في «المصنف» كتاب الولاء رقم (١٦١٤٩).

حاصلاً بصنعه وهو الإعتاق أو ما يجري مجرى الإعتاق شرعاً كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بأن ورث قريبه، وسواء أعتقه لوجه الله أو لوجه الشيطان، وسواء أعتقه تطوعاً أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار والإيلاء واليمين والنذر.

وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الإعتاق على مال، وسواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، وسواء كان صريحاً أو يجري مجرى الصريح أو كناية أو يجري مجرى الكناية.

وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد.

ويستوي فيه صريح التدبير والإعتاق والاستيلاد والكتابة، والأصل فيه قول النبي ﷺ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أعتَق»[1] من غير فصل.

وعلى هذا إذا أمر المولى غيره بالإعتاق في حال حياته أو بعد وفاته أن الولاء للآمر، لأن العتق يقع عنه.

ولو قال لآخر أعتق عبدك عني على ألف درهم فأعتق فالولاء للآمر لأن العتق يقع عنه استحساناً، والقياس أن يكون الولاء للمأمور، لأن العتق يقع عن المأمور وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه أمر بإعتاق عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح، لأن العتق لا يقع بدون الملك ولا ملك للآمر بل للمأمور فكان العتق عنه.

ولنا: أن الأمر بالفعل أمر بما لا وجود للفعل بدونه كالأمر بصعود السطح يكون أمراً بنصب السلم والأمر بالصلاة يكون أمراً بالطهارة ونحو ذلك، ولا وجود للعتق عن الآمر بدون ثبوت الملك فكان أمر المالك بإعتاق عبده عنه بالبدل المذكور أمراً بتمليكه منه بذلك البدل، ثم بإعتاقه عنه تصحيحاً لتصرفه كأنه صرح بذلك فقال بعه مني وأعتقه عني ففعل.

ولو قال: أعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فأعتق فالولاء للمأمور في قول أبي حنيفة ومحمد، لأن العتق عنه، وعند أبي يوسف هذا والأول سواء، وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسألة الأولى.

ولهما: الفرق بين المسألتين وهو أنه في المسألة الأولى أمكن إثبات الملك للآمر بالبدل المذكور بمقتضى الأمر بالإعتاق، لأن الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس العقد فصار المأمور بائعاً عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقاً عنه بأمره وتوكيله.

وأما في المسألة الثانية فلا يمكن إثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء لأن التمليك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض، فإذا أعتق فقد أعتق/ ملك نفسه لا ملك الآمر فيقع عن نفسه فكان الولاية له فهو الفرق. [ب/٢١٢/ج]

ولو قال: أعتق عبدك ولم يقل شيء آخر فأعتق فالولاء للمأمور، لأن العتق عنه لأنه عتق عن نفسه لا عن الآمر لعدم الطلب من الآمر بالإعتاق عنه.

(١) تقدم.

ولو قال: أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عني فأعتق توقف على قبول العبد إذا كان من أهل القبول، فإن قبل في مجلس علمه يعتق ويلزمه المال وإلا فلا، لأنه لم يطالب إعتاق العبد لنفسه وإنما طلب إعتاق العبد للعبد وهو فضولي فيه فإذا عتق المالك توقف إعتاقه على إجازة العبد، كما إذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان على ألف درهم فباعه أنه يتوقف على إجازة فلان كذا هذا.

وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى لوجود السبب منهما، ولعموم قوله ﷺ: «الوَلاَء لمَنْ أعتق»[١].

وقال ﷺ: «ليسَ للنساءِ مِنَ الوَلاءِ إلاّ مَا أَعْتَقْنَ»[٢] الحديث، والمستثنى من المنفي مثبت ظاهراً، وسواء كان المعتق والمعتق مسلمين أو كافرين أو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً لوجود السبب، ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذمياً أو ذمي مسلماً فولاء المعتق منهما للمعتق لما قلنا إلا أنه لا يرثه لانعدام شرط الإرث وهو اتحاد الملة.

قال النبي ﷺ: «لا يَتَوارَثُ أهلُ ملَّتين بشيء»[٣] وقال ﷺ: «لا يرثُ المُؤمنُ الكافرَ ولا الكافرُ المؤمنَ»[٤] ويجوز أن يكون الولاء ثابتاً لإنسان ولا يرث به لانعدام شرط الإرث به على ما نذكر حتى لو أسلم الذمي منهما قبل موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لو كان للذمي الذي هو معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم فإنه يرث الولاء لأن الذمي يجعل بمنزلة الميت وإن لم يكن له عصبة من المسلمين يرد إلى بيت المال.

ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمي فأعتقاه ثم مات العبد فنصف ولائه للمسلم، لأن المسلم يرث المسلم والنصف الآخر لأقرب عصبة الذمي من المسلمين إن كان له عصبة مسلم، وإن لم يكن يرد إلى بيت المال.

ولو أعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصر بذلك مولاه حتى لو خرجا إلى دار الإسلام مسلمين لا ولاء له، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، لأنه لا يعتق عندهما لأنه لا يعتق بكلام الإعتاق وإنما يعتق بالتخلية، والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء، وعند أبي يوسف يصير مولاه ويكون له ولاؤه، لأن إعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الزيلعي: غريب. وأخرجه البيهقي: أنهم كانوا يجعلون الولاء الكبير من العصبة ولا يورثون النساء من الولاء رقم (١٠/٣٠٦) باب لا ترث النساء الولاء.

وعبد الرزاق في «المصنف» كتاب الولاء باب ميراث موالي المرأة أيضاً رقم (١٦٢٦٣).

(٣) ولا يتوارث أهل ملتين شتّى، أخرجه أحمد في «المسند» (٢/١٥) وأبو داود في «السنن» كتاب الفرائض باب هل يرث الكافر المسلم؟ رقم (٢٩١١).

وذكره في «تحفة الأشراف» برقم (٨٧٢٤).

وابن ماجه في «السنن» كتاب الفرائض باب ميراث أهل الإسلام (٢٧٣١).

والدارقطني في «السنن» كتاب الفرائض (٤/ ٧٥).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الفرائض باب لا يرث المسلم الكافر رقم (٦٧٢٤) ومسلم في «صحيحه» كتاب الفرائض برقم (١٦١٤).

وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في أن استيلاده جائز وتصير الجارية أم ولد له لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما تقدم أن مبنى الاستيلاد على ثبوت النسب، والنسب يثبت في دار الحرب.

ولو أعتق مسلم عبداً له مسلماً أو ذمياً في دار الحرب فولاؤه له لأن إعتاقه جائز بالإجماع، وإن أعتق عبداً له حربياً في دار الحرب لا يصير مولاه عند أبي حنيفة، لأنه لا يعتق بالقول وإنما يعتق بالتخلية، وعند أبي يوسف يصير مولاه لثبوت العتق بالقول.

وقول محمد فيه مضطرب، حتى لو أسلم العبد في دار الحرب وخرجا مسلمين إلى دار الإسلام فلا ولاء للمعتق على المعتق، وللمعتق أن يوالي من شاء عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يرث المعتق من المعتق وله ولاؤه إذا خرجا مسلمين وإن سبي العبد المعتق كان مملوكاً للذي سباه في قولهم جميعاً ولا يخلو إما أن يكون مملوكاً أو حراً، فإن كان مملوكاً كان محلاً للاستيلاد والتملك، وكذا إن كان حراً لأن الحربي الحر محل للاستيلاد والتملك.

وعلى هذا يخرج ما إذا دخل رجل من أهل الحرب دار الإسلام بأمان فإن اشترى عبداً فأعتقه ثم رجع إلى دار الحرب فسبي فاشتراه عبده المعتق فأعتقه أن كل واحد منهما يكون مولى صاحبه حتى إن أيهما مات ولم يترك عصبة من النسب ورثة صاحبه لوجود سبب الإرث من كل واحد منهما وهو الإعتاق وشرطه، وكذا الذمي إذا أعتق عبداً له ذمياً فأسلم العبد ثم هرب الذمي المعتق ناقضاً للعهد إلى دار الحرب فسبي وأسلم فاشتراه العبد الذي كان أعتقه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا.

وكذلك المرأة إذا أعتقت عبداً لها ثم ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الذي كانت المرأة أعتقته فأعتقها كان الرجل مولى المرأة والمرأة مولاة الرجل لوجود الإعتاق من كل واحد/ منهما ثم [٢١٣/أ ج] العتق كما هو سبب ثبوت الولاء للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا أن عليه حفظه، فإذا جنى فقد قصر في الحفظ.

وأما شرط ثبوته فلثبوت الولاية شرائط: بعضها يعم ولاء العتاقة، وولاء ولد العتاقة، وبعضها يخص ولاء ولد العتاقة، فأما الذي يعمهما جميعاً فهو أن لا يكون للعبد المعتق أو لولده عصبة من جهة النسب، فإن كان لا يرثه المعتق لأنه يرثه من طريق التعصيب، وفي العصبات يعتبر الأقوى فالأقوى ولا شك أن العصبة من جهة النسب أقوى فكان أولى، وهذا لأن الولاء وإن كان لحمة كلحمة النسب كما نطق به الحديث لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب أولى، فإن لم يكن له عصبة من جهة النسب وله أصحاب الفرائض أو ذوو الأرحام فحكمه يذكر في موضعين إن شاء الله تعالى.

وأما الذي يخص ولد العتاقة، فمنها أن تكون الأم معتقة، فإن كانت مملوكة فلا ولاء لأحد عليه ما دام مملوكاً سواء كان الأب حراً أو مملوكاً، لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية فكان مملوكاً لمولى أمه فلا يتصور الولاء.

ومنها: أن لا تكون الأم حرة أصلية فإن كانت فلا ولاء لأحد على ولدها، وإن كان الأب معتقاً لما

ذكرنا أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ولا ولاء لأحد على أمه فلا ولاء على ولدها، فإن كانت الأم معتقة والأب معتقاً فالولد يتبع الأب في الولاء ويكون ولاؤه لمولى الأب لا لمولى الأم؛ لأن الولاء كالنسب، والأصل في النسب هو الأب.

ومنها: أن لا يكون الأب عربياً، فإن كان الأب عربياً والأم مولاة لقوم فالولد تابع للأب ولا ولاء عليه، لأن الولاء أثر من آثار الرق ولا رق على عربي، ولو كان الأب نبطياً وهو حر مسلم لم يعتق وله ولاء موالاة أو لم يكن فالولد يتبع الأم في ولاء العتاقة عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يكون تبعاً للأب كما في العربي.

وجه قول أبي يوسف: أن النسب يشبه النسب والنسب إلى الاباء، وإن كان أضعف، ألا ترى أن الأم لو كانت من العرب والأب من الموالي فالولد يكون تابعاً لقوم الأب، ولهما أن ولاء الأم لمواليها لأجل النصرة فيثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الأب، لأن من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل فصار كمعتقة تزوجت عبداً فيكون ولاء أولادها لمواليها.

ومنها: أن لا يكون للأب مولى عربي فإن كان لا ولاية لأحد عليه لأن حكمه حكم العربي لقول النبي ﷺ: «إن مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ»[1].

ومنها: أن لا يكون الولد معتقاً، فإن كان لا يكون ولاؤه لموالي الأب ولا لموالي الأم بل يكون لمن أعتقه، لأنه إذا أعتق صار له ولاء نفسه لقوله ﷺ: «الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2] فلا يكون تبعاً لغيره في الولاء، وبيان هذا الأصل يذكر في بيان صفة الولاء.

وأما صفته فله صفات:

منها: أن الإرث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب، ومعنى هذا الكلام أن المعتق إنما يرث بالولاء مال المعتق بطريق العصوبة ويكون المعتق آخر عصبات المعتق مقدماً على ذوي الأرحام، وعلى أصحاب الفرائض في استحقاق ما فضل من سهامهم حتى إنه لو لم يكن للمعتق وارث أصلاً أو كان له ذو الرحم كان الولاء للمعتق، وإن كان له أصحاب الفرائض فإنه يعطي فرائضهم أولاً، فإن فضل شيء يعطي المعتق وإلا فلا شيء له ولا يرد الفاضل على أصحاب الفرائض، وإن كانوا ممن يحتمل الرد عليه وهذا قول عامة العلماء، وهو قول علي وابن عباس وزيد رضي الله عنهم.

وروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما: «أنه لا يرث بطريقِ التعصيب وهو مؤخر عن أصحاب الفرائض في استحقاق الفاضل»، وعن ذوي الأرحام.

واحتجوا بظاهر قوله تعالى: ﴿وأُولوا الأرْحَامِ بَعضُهم أَوْلَى ببعضٍ﴾[3]، فظاهره يقتضي أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق.

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الفرائض باب مولى القوم من أنفسهم رقم (٦٧٦١).
(٢) تقدم.
(٣) سورة الأنفال، الآية: (٧٥).

وجه قول الأولين: ما روينا عن رسول الله ﷺ: «أَنَّهُ جَعَلَ ولاءَ مولَى بنتِ حمزةَ رضي الله عنه بينها وبينَ بنتِ معتَقِها نِصْفَيْن»[(١)] فقد أقام رسول الله ﷺ بنت حمزة رضي الله عنه مقام العصبات حيث جعل النصف الآخر لها ولم يأمر برده على بنت المعتق، ولو كان الأمر كما زعموا لأمر ﷺ بالرد كما في سائر المواريث إذا لم يكن هناك عصبة، وقال ﷺ: «أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بأهلِهَا فَمَا أبْقَتْ فلأَوْلى رجلٍ ذَكَرٍ»[(٢)]، وأولىٰ رجل ذكر ههنا هو المولى وروي: «فلأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكر» وهو المولى ههنا.

[ب/٢١٣/ج] وأما الآية الكريمة فقال بعضهم في تأويلها أي ذوو الأرحام من العصبة بعضهم/ أولى ببعض أي الأقرب من ذوي الأرحام من العصبات بعضهم أولى ببعض من الأبعد كالابن مع ابن الابن والأخ لأب وأم مع الأخ لأب ونحو ذلك.

وإذا عرف هذا الأصل فبيانه في مسائل إذا مات المعتق وترك أماً ومولى فللأم الثلث والباقي للمولى عند الأولين، لأنه عصبة وعند الآخرين الثلث للأم بالفرض والباقي رداً عليها أيضاً.

وإن ترك بنتاً ومولى فللبنت فرضها وهو النصف والباقي للمولى عند الأولين لأنه عصبة وعند الآخرين النصف للبنت بالفرض والباقي رداً عليا.

ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات.

وأما ترك مولاه فللأخت للأب والأم النصف، وللأخت للأب السدس تكملة الثلثين وللأخت للأم السدس وللأم السدس فقد استغرقت سهامهم الميراث فلم يبق شيء للمولى، وإن ترك امرأة ومولى فللمرأة فرضها وهو الربع والباقي للمولى بلا خلاف، وكذا إذا كان المعتق أمة فتركت زوجها ومولى فللزوج فرضه وهو النصف والباقي للمولى.

أما على قول الأولين فلأن المولى عصبة فكان الباقي له.

وأما على قول الآخرين فلأنه لا سبيل إلى الرد إذ لا يرد على الزوج والزوجة فإن ترك المعتق عمة وخالة ومولاه فالمال للمولى في قول الأولين، لأنه آخر العصبات يقدم على ذوي الأرحام، وفي قول الآخرين للعمة الثلثان وللخالة الثلث لتقدم ذوي الأرحام عليه وقس على هذا نظائره، وعلى هذا يخرج ما إذا اشترت المرأة عبداً فأعتقته ثم مات العبد المعتق وترك ابنته فللابنة النصف وما بقي فلمولاته لأنها عصبة، وهذا قول الأولين.

وأما على قول الآخرين: فالباقي يرد عليها بالقرابة وإذا اشترت أباها فعتق ثم مات الأب وليس له عصبة فلابنته النصف بالنسب وما بقي فلابنته أيضاً بحق الولاء بالرد لأنها عصبة الأب في الولاء.

وعلى قول الآخرين: ما بقي يرد عليها بالقرابة، فإن كان الأب أعتق عبداً قبل أن يموت ثم مات الأب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة فإنها ترثه لأنه معتق معتقها فكان ولاؤه لها لقول النبي ﷺ: «ليسَ

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الفرائض باب ميراث الولد من أبيه، رقم (٦٧٣٢) ومسلم في «الصحيح» كتاب الفرائض باب ألحقوا الفرائض بأهلها رقم (١٦١٥).

للنساءِ مِنَ الولاءِ إلّا ما أَعتَقْنَ أو أعتقَ مَنْ أعتقْنَ»(١) الحديث، والاستثناء من النفي إثبات ظاهراً.

فإن اشترت أختان لأب وأم أباهما ثم مات الأب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وما بقي فلهما أيضاً بلا خلاف، ولكن عند الأولين بطريق العصوبة لأنهما عصبة، وعند الآخرين بطريق الرد، وإن اشترت إحداهما أباهما ثم مات الأب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وللتي اشترت الأب الثلث والباقي خاصة بالولاء في قول الأولين لأنها عصبة، وفي قول الآخرين الباقي يرد عليهما نصفين، فإن اشترتا أباهما ثم إن إحداهما والأب اشتريا أخاً لهما من الأب ثم مات الأب فإن المال بين الابنتين وبين الابن للذكر مثل حظ الانثيين، لأنه مات حراً عن ابن حر وعن ابنتين حرتين فكان الميراث لهم بالقرابة فلا عبـرة للولاء في ذلك، فإن مات الابن بعد ذلك فلأختيه الثلثان بالنسب، والثلث الباقي نصفه للتي اشترته مع الأب خاصة لأن لها نصف ولاء الأخ، لأنه عتق بشرائها وشراء الأب فكان ولاؤه بينهما وما بقي فبينهما نصفان لأنهما مشتركتان في ولاء الأب فصار حصة الأب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال، وتخرج المسألة من اثنتي عشر للأختين الثلثان لكل واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقي وذلك سهمان للتي اشترته مع الأب بالولاء ونصف الثلث بينهما نصفان لولاء الأب لكل واحدة منهما سهم فصار للتي اشترته سبعة أسهم وللأخرى خمسة أسهم، وهذا على قياس قول علي وابن عباس وزيد رضي الله عنهم.

وأما على قياس قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما إذا مات الابن بعد موت الأب فلأختيه الثلثان بالنسب كما قالوا، والثلث الباقي يرد عليهما، فإن اشترت إحداهما الأب واشترت الأخرى والأب أخاً لهما ثم مات الأب فالمال بين الابن والابنتين للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا.

فإن مات الأخ بعد ذلك فللأختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث الباقي للتي اشترت الأخ مع الأب وما بقي فهو للتي اشترت الأب خاصة فيصير المال بينهما نصفين، وهذا على قول علي وابن عباس وزيد رضي الله عنهم.

وأما على قول عمر وابن/ مسعود رضي الله عنهما فالثلث الباقي يرد عليهما والله عز وجل أعلم. [أ/ ٢١٤]

ومنها: أنه لا يورث من المعتق بعد موته ولا يكون سبيله سبيل الميراث وإنما يستحقه عصبة المعتق بنفسها وهم الذكور من عصبته لا الإناث ولا الذكور من أصحاب الفرائض.

والأصل فيه قول النبي ﷺ: «الولاءُ لُحمةٌ كلحمةِ النَّسبِ لا يُبَاعُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَثُ»(٢) أي لا يورث من المعتق لإجماعنا على أنه يورث من المعتق، ولأن الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وإن كان يورث به فكذا الولاء.

وروينا عن النجباء السبعة رضي الله عنهم أنهم قالوا بلفظ واحد: «الوَلاءُ للكِبَر» فالظاهر هو السماع، فإن لم يكن فقد ظهرت الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون إجماعاً ومعنى قولهم الولاء للكبر أي

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

للأقرب وهو أقرب العصبة إلى المعتق يقال. فلان أكبر قومه إذا كان أقربهم إلى الأصل الذي ينسبون إليه وإنما شرطنا الذكورة في هذه العصوبة، لأن الأصل في العصبة هم الذكور إذ العصبة عبارة عن الشدة والقوة، قال الله تبارك وتعالى خبراً عن بني يعقوب عليهم الصلاة والسلام: ﴿إِذْ قَالُوا لَيُوسُفُ وَأَخُوهُ أَحَبُّ إِلَى أَبِينَا مِنَّا وَنَحْنُ عُصْبَةٌ﴾[1] أي جماعة أقوياء أشداء قادرون على النفع والدفع، وهذا قول عامة العلماء.

وعن إبراهيم النخعي وشريح أن الولاء يجري مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث سائر أمواله إلا أنه إنما يرث منه الرجال لا النساء بالنص، وهو قول النبي ﷺ: «لَيْسَ لِلنِّسَاءِ إِلاَّ مَا أَعْتَقْنَ»[2] الخبر وكان شريح يقول: من أحرز شيئاً في حياته فهو لورثته بعد موته.

واحتجا بما روي عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا من أحرز المال أحرز الولاء فقد أنزلوه منزلة المال فدل على أن حكمه حكم المال، والجواب أن معنى قولهم من أحرز المال أحرز الولاء، أي من أحرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق أحرز الولاء أيضاً بدليل أن المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالإجماع وبالحديث فعلم أن المراد منع العصبات، وبه نقول، ولأن في الحمل على ما قلنا عملاً بالدلائل بقدر الإمكان فهو أولى.

ثم بيان هذا في «الأصل» في مسائل: في رجل أعتق عبداً له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابناً ثم مات العبد المعتق فولاؤه لابن المعتق لصلبه لا لابن ابنه لأنه الأكبر إذ هو أقرب عصبات المعتق بنفسها، والأصل أنه يعتبر كون المستحق عصبة يوم موت المعتق لا يوم موت المعتق ويعتبر له الكبر من حيث القرب لا من حيث السن، ألا ترى أن الابن قد يكون أكبر سناً من عمه الذي هو ابن المعتق، وهذا على قول عامة العلماء.

وأما على قول إبراهيم وشريح فالمال بين ابن المعتق وبين ابن ابنه نصفين لأنه يجري مجرى الميراث عندهما فكما مات المعتق فقد ورثاه جميعاً فانتقل الولاء إليهما ثم إذا مات أحدهما انتقل نصيبه إلى ولده كما في ميراث المال، فإن مات الابن الباقي وترك ابناً ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا الميت وبين ابن الميت الأول نصفين بلا خلاف.

أما على قول عامة العلماء فلاستوائهما في العصوبة.

وأما على قول إبراهيم النخعي وشريح فلانتقال نصيب كل واحد منهما إلى ولده، ولو كان الأول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقي وترك ابناً واحداً ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وابني الأول يكون ثلاثاً عندنا لاستواء الكل في العصوبة، وعندهما الولاء بينهما نصفين النصف لابن هذا والنصف الآخر بين ابني الأول نصفين، لأنهما يجعلان لكل ولد واحد حصة أبيه، فإن مات المعتق وترك ثلاثة بنين فمات البنون وترك أحدهم ابناً واحداً وترك الآخر خمسة بنين وترك الثالث عشرة بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالاً فماله بين أولاد البنين بالسوية على عدد الرؤوس في قول عامة العلماء لاستوائهم في العصوبة والقرب من المعتق.

(١) سورة يوسف، الآية: (٨).
(٢) تقدم تخريجه.

وعلى قول إبراهيم وشريح: المال بينهم أثلاثاً ثلث لابن الابن الواحد والثلث الآخر بين الخمسة بني الابن والثلث الآخر بين العشرة بني الابن فتصح فريضتهم من ثلاثين سهماً لابن الابن الواحد عشرة وعشرة بين بني الابن الآخر على خمسة وعشرة بين بني الابن الآخر وهو الثالث على عشرة.

ولو أعتق رجل هو وابنه عبداً ثم مات الرجل وترك ابنين أحدهما شريكه في الإعتاق ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابنه الذي هو شريك أبيه خاصة لأنه شريكه في الإعتاق والنصف الباقي بينهما نصفان، /لأن ذلك حصة أبيه فيكون بينهما بالسوية فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه للابن الذي كان [ب/٢١٤/ج] شريك أبيه والربع للآخر، فإن مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابناً ثم مات العبد المعتق فلابن الابن نصف الولاء الذي كان لأبيه خاصة والنصف الآخر للابن وحده، لأنه الكبير من عصبة الأب فكان أحق بنصيبه من الولاء فيصير نصف الولاء للعم ونصفه لابن أخيه.

فإن مات العم وترك ابنين ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابن شريك أبيه خاصة والنصف الآخر بينه وبين ابني عمه أثلاثاً لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن شريك أبيه الثلثان ويصير لابني عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فإن مات المعتق وترك ابناً وأباً ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن وابن الابن وإن سفل لا للأب في قول أبي حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء، وعند أبي يوسف سدسا الولاء للأب والباقي للابن، وهو قول إبراهيم النخعي وشريح وهذا على أصلهما صحيح لأنهما ينزلان الولاء منزلة الميراث والحكم في الميراث هذا وإنما المشكل قول أبي يوسف لأنه لا يحل ما يتركه المعتق بعد موته محل الإرث بل يجعله لعصبة المعتق بنفسها والأب لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضة كما في ميراث المال فكان الابن هو العصبة فكان الولاء له.

فإن مات المعتق وترك أباً وثلاثة أخوة متفرقين أخاً لأب وأم وأخاً لأب وأخاً لأم، ثم مات العبد المعتق فالولاء للأب خاصة، لأنه العصبة، فإن مات الأب ثم مات العبد المعتق فالولاء للأخ من الأب والأم، لأنه أقرب العصبات إلى المعتق، فإن مات الأخ من الأب والأم وترك ابناً، فإن الولاء يرجع إلى الأخ لأب لأنه الكبير.

فإن مات الأخ من الأب وترك ابناً، فإن الولاء يرجع إلى ابن الأخ للأب والأم لأنه أقرب، فإن مات ابن الأخ من الأب والأم وترك ابناً، فإن الولاء يرجع إلى ابن الأخ من الأب لأنه أقرب.

فإن مات ابن الأخ من الأب وترك ابناً، فإن الولاء يرجع إلى ابن ابن الأخ من الأب والأم لأنه أقرب، ولا يرث الأخ من الأم ولا أحد من ذوي الأرحام شيئاً من الولاء لما بينا فيما تقدم.

ولو مات المعتق وترك جده أبا أبيه وأخاه لأبيه وأمه أو لأبيه فالولاء للجد لا للأخ في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد الولاء بين الجد والأخ نصفين بناء على أنه لا ميراث للأخ مع الجد عنده، وعندهما: يورثان الأخ مع الجد بالتعصيب.

فإن مات المعتق، وترك ابناً وبنتاً، ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن لا للبنت؛ لأن الابن هو العصبة بنفسه لا البنت، ولقول النبي ﷺ: «لَيْسَ للنِّساء من الولاءِ إلا ما أعتَقْنَ أو أعتَقَ مَنْ أَعتقْنَ أو كَاتَبْنَ أو كاتَبَ

مَنْ كاتَبْنَ»[١] ولم يوجد ههنا المستثنى فبقي استحقاقها الولاء على أصل النفي.

وجملة الكلام فيه: أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن وأولادهم وأولاد أولادهم وإن سفلوا إذا كانوا من امرأة معتقة أو ما جر معتقهن من الولاء إليهن.

وبيان هذه الجملة: امرأة أعتقت عبداً لهما ثم مات العبد ولا وارث له فولاؤه للمرأة لقوله ﷺ خاصة في النساء: «لَيْسَ للنِّساءِ مِنَ الوَلَاءِ إلاّ مَا أَعْتَقْنَ» وهذا معتقها[٢] ولعموم قوله ﷺ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ومن تعم الذكر والأنثى فلو أن معتقها أعتق عبداً له ثم مات العبد الأسفل ولم يترك وارثاً فولاؤه لمولاه الذي أعتقه ولا يرث مولاه منه شيئاً لأنه معتق مولاه وليس بمعتقها حقيقة بل معتق معتقها فكان إثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى.

فإن مات العبد الأعلى ولم يترك عصبة، ثم مات العبد الأسفل فولاؤه للمرأة المعتقة لأنه معتق معتقها فيدخل تحت قوله ﷺ أو أعتق من أعتقن، ولو ترك العبد الأعلى عصبة فما له لعصبته لما ذكرنا أن شرط الأرث بالولاء أن لا يكون للمعتق عصبة من النسب.

وكذلك لو أن المعتق الثاني أعتق ثالثاً والثالث أعتق رابعاً فميراثهم كلهم إذا ماتوا لها إذا لم يخلف من مات منهم مولى أقرب إليه منها ولا عصبة، ولو كاتبت المرأة عبداً لها فأدى فعتق ثم مات العبد المكاتب فولاؤه لها لقول النبي ﷺ: «أو كَاتَبْنَ».

وكذا لو كان العبد المكاتب كاتب عبداً له من أكسابه فأدى الأسفل أولاً فعتق كان ولاؤه لها، لأن الأعلى ليس من أهل الولاء لأنه عبد مملوك بعد، / وكذا إذا أديا جميعاً معاً فعتقا فولاؤهما لها لقوله ﷺ: «أو كاتَبَ مَنْ كاتبنَ». [١/٢١٥ج]

وكذا إذا دبرت امرأة عبداً لها فماتت ثم مات العبد كان ولاؤها منها حتى يكون للذكور من عصبتها.

وكذا إذا ماتت المرأة حتى عتق المدبر بموتها فدبر عبداً له فولاؤه يكون لعصبتها وكذا ولاء أولادها وولاء أولاد أولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة يكون لها لأن ولاءهم يثبت لآبائهم وولاء آبائهم لها كذا ولاء أولادهم. امرأة زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت ولداً فولاء الولد يكون لمولى أمه ولا يكون للمرأة منه شيء وهذا مما لا يشك فيه، لأن أبا الولد ليس بمعتق بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولاء العتاقة بدون العتق، فلو أعتقت المرأة عبدها جر العبد المعتق ولاء الولد إلى مولاته حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله لأبيه، فإن لم يكن له أب، فإن كان مات فولاؤه للمرأة التي أعتقت أباه. هذا تفسير جر موالي النساء الولاء إليهن والله عز وجل أعلم.

امرأة أعتقت عبداً لها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولاء معتقها لولدها الذكور إن كانوا من عصبتها

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.

وعقله عليهم أيضاً بلا خلاف، وإن كانوا من غير عصبتها فولاء معتقها لولدها الذكور الذين هم من غير عصبتها وعقله على سائر عصبتها دون ولدها، فإن انقرض ولدها وخلفوا عصبة لهم ليسوا من قوم المرأة المعتقة ولها عصبة كان لعصبتها دون عصبة ابنها، لأن الولاء للكبر وأنه لا يورث.

وكذلك ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «يرجعُ الوَلاءُ إلى عَصَبتها إذا انقطَعَ وَلدُها الذُكُورُ» وهو قول عامة العلماء، وإذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالي أعتقوها فالولاء لمواليها وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيها لعصبة البنين دون عصبتها لأنه يجعل الولاء ميراثاً كالمال.

وبيان هذه الجملة: امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت وتركت ابنها وأخاً لها ثم مات العبد المعتق فماله لابنها لا لأخيها بلا خلاف، فإن مات ابنها وترك أخاً له وأباه فإن الولاء للخال دون الأب، لأن الخال أخ المعتقة وهو عصبتها، والأب لا قرابة بينه وبين المعتقة، وعلى قول شريح الولاء الذي للأخ ينبغي أن يكون للأب لا للخال؛ لأن الأب عصبة الابن.

وكذلك إذا مات الابن وترك أخاً لأب أو عماً أو جداً من قبل أبيه أو ترك ابني عم أو ترك موالي أبيه فهذا كله سواء، والولاء يرجع إلى عصبة الأم الأقرب منهم فالأقرب إن كان لها بنو عم يرجع إليهم، وإن لم يكن وكان لها موالي أعتقوها يرجع الولاء إليهم، وفي قول شريح لا يرجع الولاء ويمضي على جهته.

وعن الشعبي وابن أبي ليلى: أن للولاء للذكور من ولدها والعقل عليهم أيضاً دون سائر عصبة المعتقة وقالا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه، لأن الخراج بالضمان.

والصحيح قول العامة؛ لما أن علياً والزبير رضي الله عنهما اختصما إلى عمر رضي الله عنه في ولاء مولى صفية بنت عبد المطلب، فقال الزبير: هي أمي فأنا أرثها ولي ولاؤها» وقال علي: «هي عمتي وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها فلي ولاؤها» فقضى عمر رضي الله عنه: «بالولاء للزبير، وبالعقل على علي رضي الله عنه» والمعنى فيه أن استحقاق الميراث بالعصوبة والابن في ذلك مقدم على الأخ وابن العم.

وأما العقل فبالتناصر، ألا ترى أن أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها بقوم أبيها لا بابنها كذلك كان العقل عليهم واعتبار العقل بالميراث غير سديد، لأن العقل ليس يتبع الميراث لا محالة.

ألا ترى أن الرجل يرثه ولده الذكور والإناث وأخواته، ولو جنى جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته. ولو أعتق أمة له ثم غرقا جميعاً ولا يدري أيهما مات أولاً لم يرث المولى منها، وكان ميراثه لعصبة المولى إن لم يكن لها وارث.

وأصل المسألة أن الغرقى والهدمى لا يرث بعضهم بعضاً عندنا، وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم، لأن كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كأنهما وقعا معاً، والمسألة تعرف في كتاب الفرائض.

ومنها: أنه لازم حتى لا يقدر المعتق على إبطاله حتى لو أعتق عبده سائبة بأن أعتقه وشرط أن يكون

سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلاً وولاؤه له عند عامة العلماء، وقال مالك: ولاؤه لجميع المسلمين.

والصحيح قول العامة لقوله ﷺ: «الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[١] وكذا لا يملك نقله إلى غيره حتى لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصية، وهذا قول عامة العلماء، /وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره. [ب/٢١٥/ج]

واحتجوا بما روي «أنَ أسماءَ رضي الله عنها أعتقتْ عَبْداً فوهبتْ الوَلاَءَ لابن مسعود رضي الله عنهما».

ولنا قوله ﷺ: «الوَلاَءُ لُحمةٌ كلحمةِ النَّسبِ لا يُبَاعُ ولا يُوهَب»[٢] ولأن محل هذه التصرفات المال والولاء ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب، وأما ما روي عن أسماء رضي الله عنها فيحتمل أن يكون معناه وهبت له ما استحقت بالولاء وهو المال فرواه الراوي ولاء لكونه مستحقاً بالولاء أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل.

وكذا إذا باع عبداً وشرط على المشتري أن يكون ولاؤه له فالشرط باطل ويكون ولاؤه للمشتري إذا أعتق عبده وشرط أن يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح ويكون ولاؤه له لما روي: «أن عائشة رضي الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها أن يكون ولاؤها لمواليها فخطب رسول الله ﷺ وقال في خطبته: «ما بالُ أقوام يَشْتَرطُون شرُوطاً ليستْ في كتابِ اللَّهِ تعالى، كلُ شرطٍ ليسَ في كتابِ الله تعالى فهو بَاطل وإنْ كانَ مائةَ شرطٍ»[٣] وهل يحتمل للولاء التحول من محل إلى محل ينظر فيه إن ثبت بإيقاع العتق فيه لا يتحول أبداً لقوله ﷺ: «الوَلاَءُ لِمَنْ أَعتَقَ»[٤] ألزم الولاء المعتق وإن ثبت بحصول العتق لغيره تبعاً يتحول إذا قام دليل التحول.

وبيان هذه الجملة عند تزوج أمة لقوم فولدت منه ولداً فأعتقها مولاها وولدها أو كانت حبلى به حين أعتقها أو أعتقها فولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو كانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق وقد أعتق الأب رجل آخر كان ولاء الولد للذي أعتقه مع أمه ولا يتحول إلى مولى أبيه، وإن أعتق أبوه بعد ذلك لأنه لما أعتقهما فقد ثبت ولاء الولد بإيقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول، وكذا إذا أعتقها وهي حبلى لما قلنا، وكذا إذا أعتقها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإعتاق لأنا تيقنا بكونه في البطن وقت الإعتاق، لأن الولد لا يولد لأقل من ستة أشهر فيثبت ولاؤه بالإعتاق فلا يتحول.

ولو جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً يتحول ولاؤه إلى موالي الأب لأنا لم نعلم يقيناً أنه كان في البطن وقت إعتاق الأم فيجعل كأنها حبلت بعد العتق فيكون حراً تبعاً للأم ويثبت له الولاء من موالي أمه على جهة التبعية وولاء الولد إذا ثبت لموالي الأم على وجه التبعية يتحول إلى موالي الأب إذا أعتق الأب لما نذكر إن شاء الله عز وجل، وإذا كانت الأم معتدة من طلاق أو موت فإن نسب الولد يثبت إلى سنتين، لأن الوطء كان حراماً فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد في البطن يوم الإعتاق، فإذا حكمنا بوجوده يوم الإعتاق

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.

يثبت الولاء بالإعتاق فلا يتحول إلى غيره، وإذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها، لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية.

فإن أعتق أبوه جر ولاء الولد إلى مولاه هكذا روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «إِذَا كَانَتْ الحرَّةُ تحتَ مملوكٍ فَوَلَدَتْ عَتَقَ الولد بعتقها، فإذا أعتقَ أبوهُ جَرّ الولاء».

وعن الزبير بن العوام رضي الله عنه أنه أبصر فتيةً لَعْسَاءَ أَعجبَهُ ظُرفُهُم وأمُّهُم مولاةٌ لرافع بن خَديج رضي الله عنه، وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، ثم قال: انتسبوا إليَّ، وقال رافع: بل هم مواليَّ فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه في ولاء الولد فقضى بوَلَائهمْ للزبير يعني أن الأب جر ولاء ولده إلى مولاهم وهو الزبير حين أعتقه الزبير، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه فيكون إجماعاً، ولأن الأصل في الولاء هو الأب، لأن الولاء لحمة كلحمة النسب والأب هو الأصل في النسب حتى ينسب الولد إلى الأب ولا ينسب إلى الأم إلا عند تعذر النسب إلى الأب.

وكذا في اعتبار الولاء وإنما يعتبر جانب الأم عند تعذر الاعتبار من جانب الأب بأن لم يكن من أهل الولاء ولا تعذر ههنا فيعتبر جانبه، ولأن الإرث بالولاء من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الأب أقوى فكان أولى.

ولو مات الأب عبداً ولم يعتق كان ولاء ولده لموالي الأم أبداً لتعذر اعتبار جانب الأب، وأما الجد فهل يجر ولاء الحافد بأن كان للأب الذي هو عبد أب عبد وهو جد الصبي فأعتق الجد والأب عبد على حاله.

قال عامة العلماء: لا يجر ولا يكون مسلماً بإسلام الجد وولاء أولاد ابنه العبد لموالي الأم لا لموالي الجد.

وقال الشعبي[1]: يجر ويكون مسلماً بإسلام الجد. وجه قوله أن الجد يقوم مقام الأب في الولاية، فإن الأب إذا كان عبداً تتحول الولاية إلى الجد فكذا يقوم مقامه في جر الولاء والإسلام.

ولنا: أن الأب فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعاً له في الولاء والإسلام، ولأن الجد لو جر الولاء لكان لا يثبت الولاء لموالي الأم رأساً إذ لا شك أن أصله يكون حراً، أما من الجد أي لأبيه أو من قبله من الأجداد إلى آدم ﷺ فلما ثبت الولاء لموالي الأم في الجملة ثبت أن الجد لا يجر، وكذا لا يصير مسلماً بإسلام الجد، لأنه لو صار مسلماً بإسلامه لصار مسلماً بإسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين بإسلام

---

(١) الشعبي: هو عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار الشعبي الحميري، أبو عمرو: راوية من التابعين يضرب المثل بحفظه وُلِدَ بالكوفة سنة (١٩) ومولده في إمرة عمر بن الخطاب، سئل عما بلغ حفظه فقال: ما كتبت سوداء في بيضاء، ولا حدثني رجل بحديث إلا حفظته. وهو من رجال الحديث الثقات.
توفي سنة (١٠٣) بالكوفة فجأة. انظر «الحلية» (٤/ ٣١٠).

آدم ﷺ، وينبغي أن لا يجوز استرقاق أحد، والمعلوم بخلافه فثبت أن القول بجعل الولد تابعاً للجد في الولاء باطل.

وأما بيان قدره فالولاء يثبت بقدر العتق، لأن سبب ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب، وبيانه في العبد المشترك بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسرٌ أو معسرٌ، وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب العتاق بناءً على تجزي العتق وعدم تجزيه والله أعلم.

وأما بيان حكم الولاء فله أحكام:

منها: الميراث وهو أن يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الأدلة ويرث مال أولاده عند وجود شرط الإرث وهو ما ذكرنا، ومنها تحمل العقل للتقصير في النصرة والحفظ.

* * *

محتوى الجزء الثالث

الموضوع	الصفحة
صفة اللعان	٣٧٧
سبب وجوب اللعان	٣٧٩
شرائط وجوب اللعان وجوازه	٣٨١
ما يرجع إلى المقذوف	٣٨٢
بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان	٣٨٦
بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه	٣٨٧
بيان حكم اللعان	٣٨٨
بيان ما يبطل حكمه	٣٩٠
بيان ما يبطل به حكم اللعان	٣٩٥
كتاب الرضاع	٣٩٦
بيان المحرمات بالرضاع	٣٩٦
صفة الرضاع المحرم	٤٠٠
بيان ما يثبت به الرضاع	٤١٤
كتاب النفقة	٤١٧
بيان وجوب النفقة	٤١٧
سبب وجوب هذه النفقة	٤١٨
شرائط وجوب هذه النفقة	٤٢٢
بيان مقدار الواجب منها	٤٢٩
بيان كيفية وجوب هذه النفقة	٤٣٢
بيان حكم صيرورة النفقة ديناً	٤٣٧
بيان ما يسقطها بعد وجوبها	٤٣٨
نفقة الأقارب	٤٣٩
سبب وجوب هذه النفقة	٤٤٢
شرائط وجوب هذه النفقة	٤٤٥
بيان مقدار الواجب من هذه النفقة	٤٥١
بيان كيفية وجوبها	٤٥١
بيان المسقط لها بعد الوجوب	٤٥٢
نفقة الرقيق	٤٥٢
وجوب نفقة الرقيق	٤٥٢
سبب وجوبها	٤٥٣
شرائط وجوبها	٤٥٤

الموضوع	الصفحة
مقدار الواجب	٤٥٤
كيفية وجوبها	٤٥٤
كتاب الحضانة	٤٥٥
تفسير الحضانة	٤٥٥
بيان من له الحضانة	٤٥٦
وقت الحضانة التي من قبل النساء	٤٥٩
بيان مكان الحضانة	٤٦١
كتاب الإعتاق	٤٦٤
ركن الإعتاق	٤٦٥
شرائط ركن الإعتاق	٤٧٩
ما يرجع إلى المعتق	٤٨١
صفة الإعتاق	٥٢٥
بيان حكم الإعتاق وبيان وقته	٥٤٣
بيان ما يظهر به حكمه	٥٥٩
كتاب التدبير	٥٦٤
ركن التدبير	٥٦٤
شرائط الركن	٥٦٩
صفة التدبير	٥٦٩
بيان ما يظهر به التدبير	٥٨١
كتاب الاستيلاد	٥٨٢
سبب الاستيلاد	٥٨٣
شرط ثبوت الاستيلاد	٥٨٤
صفة الاستيلاد	٥٩٠
حكم الاستيلاد	٥٩٠
بيان ما يظهر به الاستيلاد	٥٩٦
كتاب المكاتب	٥٩٧
بيان جواز المكاتبة	٥٩٧
ركن المكاتبة	٥٩٨
شرائط الركن	٥٩٨
ما يرجع إلى المكاتبة	٦٠١
ما يرجع إلى نفس الركن من شرائط الصحة	٦٠٨



طبع على مطابع

دار إحياء التراث العربي



